
ESTUDIOS	Sobre la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre. <i>On the immunity of jurisdiction of the foreign states in Spain, in the light of the act ["Ley Orgánica"] 16/2015, of October 27</i>	
	CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA	5
	La nueva regulación de la filiación natural en el derecho internacional privado español. <i>The new regulation of the natural filiation in the Spanish international private law</i>	34
	M ^a DOLORES ADAM MUÑOZ	
	The ten commandments of parallel trade. <i>Los diez mandamientos sobre el comercio paralelo</i>	
	ISABEL ANTÓN JUÁREZ	55
	El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio. <i>The best interests of the child: settlement in a new environment</i>	
	CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	77
	Contratos internacionales de leasing de grandes aeronaves civiles. <i>International leasing contracts for large civil aircrafts</i>	
	M ^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	92
	La financiación por terceros en el arbitraje internacional. <i>Third party funding in international arbitration</i>	
	ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍ	204
	La scelta tacita della legge applicabile al contratto Secondo il regolamento Roma I. <i>The tacit choice of the law applicable to a contract Under the Rome I regulation</i>	
	PIETRO FRANZINA	221
	El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado? <i>Recognition: an alternative to private international law?</i>	
	MATTHIAS LEHMANN	240
	Las normas generales del derecho internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal. <i>The general rules of international law in the perspective of combating tax evasion</i>	
	CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR	258

	La fundamentación económica del foro especial en materia contractual contenido en el Artículo 7.1 B) Guión Primero del Reglamento Bruselas I bis. <i>The economic rationale of the ground of jurisdiction on contractual obligations established in Article 7.1 B) Brussels i Regulation</i>	
	ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	278
	El enriquecimiento sin causa en el reglamento de Roma II. Unjust enrichment in the Rome II regulation	
	DÁRIO MOURA VICENTE	292
	Acciones derivadas de ilícitos <i>antitrust</i> : el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide. <i>Private antitrust actions: special tort jurisdiction after the decision CDC Hydrogen Peroxide</i>	
	JULIA SUDEROW	306
	El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la Ley, 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. <i>The Constitutional Court declared the whole Law 10/2007, of March 20, on Valencian Matrimonial Economic Regime, as unconstitutional</i>	
	MARIANO YZQUIERDO TOLSADA	330
<hr/>		
VARIA	El litisconsorcio pasivo, la validez de la sumisión expresa y la noción de materia contractual en el sector financiero: nota a la STJUE de 20 de abril de 2016. <i>Joinder of defendants, legality of a choice-of-court agreement and the concept of matters relating to a contact in the financial area: commentary to ECJR 20 April 2016</i>	
	ISABEL ANTÓN JUÁREZ	349
	Crónica de jurisprudencial laboral internacional julio / diciembre 2015. <i>Chronicle of international labour jurisprudence july / december 2015</i>	
	ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ	363
	Cassirer V. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el holocausto. <i>Cassirer V. Foundation Thyssen: acquisition through extraordinary adverse possession of a work of art stolen during the holocaust</i>	
	CARLOS MANUEL DíEZ SOTO	377
	Transición a los organismos acreditados para la adopción internacional. <i>Transition to credited organisms for international adoption.</i>	
	PAULA VÁZQUEZ COLOMO	404
<hr/>		
SOBRE CDT	Normas de publicación	429

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

ISABEL ANTÓN JUÁREZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

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

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)

ILARIA PRETELLI
Institut Suisse de Droit Comparé

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
(Univ. Pablo de Olavide)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)

STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)

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

CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)

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

ANGELO DAVÌ
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 LEIBLÉ
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSSEL
(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)

GIAN PAOLO ROMANO
(Univ. de Genève)

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 ZANOBBETTI
(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 4.0.11

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 95 13

Correo electrónico: isabel.anton@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Juan Carlos López Martínez - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

SOBRE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA, A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA
16/2015, DE 27 DE OCTUBRE

ON THE IMMUNITY OF JURISDICTION OF THE FOREIGN
STATES IN SPAIN, IN THE LIGHT OF THE ACT [“LEY
ORGÁNICA”] 16/2015, OF OCTOBER 27

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 31.05.2016 / Aceptado: 03.06.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3251>

Resumen: España decidió (2011) adherirse a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (2005). Pese a que este tratado no ha entrado en vigor todavía constituye el marco jurídico internacional de referencia en materia de inmunidad de jurisdicción del Estado. La Convención parte de una concepción restringida de la inmunidad de jurisdicción, previendo una lista de procesos en los que la inmunidad del Estado no puede hacerse valer. La Convención de las Naciones Unidas no afrontó, con todo, lo que hoy es seguramente una de las cuestiones claves en el tema: la relación entre la inmunidad soberana del Estado y el respeto a las normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*).

La Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, regula, entre otras inmunidades, la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, siguiendo estrechamente la Convención de Naciones Unidas.

Palabras clave: Convenio de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, Derecho español e inmunidad de jurisdicción, excepciones a la inmunidad de jurisdicción, inmunidad de jurisdicción e *ius cogens*, Ley Orgánica 16/2015 de Inmunidades.

Abstract: Spain decided (2011) to adhere to the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property (2005). Although this treaty has not yet entered into force it constitutes the international legal framework on immunity of State jurisdiction. The Convention part of a restricted immunity jurisdiction, providing a list of processes in which State immunity can not be invoked. The United Nations Convention did not address, however, what it is now surely one of the key issues on the subject: the relationship between state sovereign immunity and respect for peremptory norms of international law (*ius cogens*).

The Spanish Act on Immunities (Ley Orgánica 16/2015 of 27 October) regulates, among other immunities, immunity from jurisdiction of foreign States, closely following the UN Convention.

Keywords: United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property, Spanish law and immunity of jurisdiction, exceptions to immunity from jurisdiction, immunity from jurisdiction and *ius cogens*, Spanish Act (Ley Orgánica 16/2015 of 27 October) on Immunities.

Sumario: I. Introducción.- II. El Derecho español sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros anterior a la LO 16/2015.- III. La Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes: 3.1. La inmunidad jurisdiccional del Estado. Inmunidad restringida o relativa. 3.2. Las “excepciones” a esta inmunidad. 3.3. Ámbitos excluidos de la Convención. 3.4. A modo de conclusión y aún de crónica previamente anunciada de lo que diré después: la Convención, en todo caso, no resuelve ciertas cuestiones actualmente claves en el

tema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.- IV. La LO 16/2015, de 27 de octubre en el tema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España: 1. Su conveniencia y/o oportunidad. 2. Su contenido. 3. Del “absolutismo” de la concepción restringida o relativa sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (...) 4. (...) a la espera de una razonable evolución del Derecho internacional en este tema.

1. Es mi propósito centrarme en el presente Estudio en la *inmunidad de jurisdicción* del Estado a la luz de la Ley Orgánica 16/2015 (*infra* apartado IV). La *inmunidad de ejecución* de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles es cuestión sucesiva que merece, por ello y por su propia temática, una reflexión aparte y propia que, acaso, podré acometer en su momento con una segunda “entrega”.

Item más. No son objeto tampoco de este Estudio “las otras jurisdicciones” a las que la Ley Orgánica 16/2015 también se refiere¹.

I. Introducción

2. La inmunidad de jurisdicción del Estado determina que los órganos jurisdiccionales de un Estado (en nuestro caso, los españoles) no pueden conocer de un litigio en el que un Estado extranjero, o alguno de sus órganos, sea demandado por un particular.

Aunque el término “jurisdicción” se entiende (como el Relator del tema en la Comisión de Derecho Internacional [CDI] precisara) en sentido amplio, esto es, abarca todo el proceso judicial², esta inmunidad de jurisdicción no es una excepción a las reglas de “competencia judicial internacional” de los tribunales de un Estado, sino una excepción a la “jurisdicción” de dichos tribunales³, que carecen de competencia *ratione materiae* para conocer del asunto.

3. El origen de este principio es complejo, pudiendo distinguirse varios momentos importantes.

El principio presenta, sin duda, una raíz cristiana: “toda autoridad viene de Dios”⁴. Por ello, la autoridad no puede ser juzgada por ningún tribunal; la “autoridad” es totalmente “inmune” ante los tribunales. No faltan ejemplos históricos⁵.

¹ Para un enfoque doctrinal amplio, como el de la LO 16/2015, que se refiere a las inmunidades no solo de los Estados extranjeros sino asimismo de sus jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores (AAEE), de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, *vid. ad ex.* A.G. LÓPEZ MARTÍN: “las inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 6, 1999, pp. 157-184; *Id.*: “Práctica jurisprudencial española en materia de inmunidades internacionales”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Director): *La Ley Orgánica 16/2015... cit. in fine* en esta misma nota, pp. 117-142; también J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre sobre inmunidades, *¿juego de espejos en el callejón del gato?*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, sección FORO, vol. 68/1, enero-junio 2016, pp. 85-97 (pp. 90-95) (la cursiva en el título del artículo es del original). Este enfoque (“Ley omnibus”) persigue un “tratamiento (aparentemente) unitario del tema” que se ha considerado “discutible (J. A. GONZÁLEZ VEGA: “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional. Reflexiones críticas en torno a la ley 2/2014 de Acción Exterior y a la Ley Orgánica 16/2015 de privilegios e inmunidades”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, ISSN 2284-3531, 2016, pp. 263-281 (p. 273).

La Ley de Inmunidades ha sido objeto de un comentario de conjunto, de especial interés, sobre sus diversos ámbitos aparecido muy recientemente: J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Director): *La Ley Orgánica 16/2015... sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (colección Cuadernos de la Escuela Diplomática número 55), Madrid, 2016, 641 pp.

² Desde la incoación del mismo, las notificaciones, la instrucción del juicio y las órdenes y mandamientos que puedan constituir medidas provisionales, hasta las decisiones, los fallos en las distintas instancias y la ejecución, suspensión y no aplicación final de los mismos. S. SHUKARITKUL: “Segundo Informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (doc. A/CN.34/331 y Add. 1), párrafo 29 (*Anuario CDI*, 1980, vol. II, Primera Parte, pp. 209-242, p. 216)

³ A.L. CALVO CARAVACA: “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución”, en N. WITZLEB, R. ELLGER, P. MANKOWSKI, H. MERKT y O. REMIEN (coords.): *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2014, pp. 639-661 (pp. 639-640); FOCARELLI, C.: *Trattato di Diritto Internazionale*, UTET Giuridica, Turín, 2015, p. 895.

⁴ Epístola a los jonios 19.11; epístola a los romanos 13.11.

⁵ Vga. el Papa Juan XXII fue juzgado por un Sínodo organizado por el emperador Oton I en el año 963. Años después, dicho proceso se consideró nulo porque ningún tribunal podía juzgar al Papa.

La inmunidad de jurisdicción tal y como hoy la conocemos es creación de la jurisprudencia inglesa y cristalizó como una norma de Derecho Internacional consuetudinario. En el siglo XIX, los tribunales ingleses (y sucesivamente los de otros Estados) estimaron que los Estados extranjeros no podían ser demandados en ningún caso (la “inmunidad de jurisdicción [era] absoluta”).

4. Su fundamento, hoy, reposa en dos principios imbricados entre sí: los Estados son “iguales” (*in parem non habet imperium*); los Estados son “soberanos” y tienen así derecho a desarrollar sus actividades como tales sin ser juzgados por otros Estados (*par in parem non habet jurisdictionem*),

Item más. En un mundo organizado en Estados iguales, independientes y soberanos resulta más que conveniente para una convivencia internacional pacífica, como el Tribunal Supremo (TS) de los Estados Unidos indicara en el asunto de la goleta *Exchange c. MacFaddon y otros* (1812)⁶, que los Estados no estén juzgándose continuamente los unos a los otros.

La concesión de esta prerrogativa obedece, sin duda, a la necesidad de que los Estados sean capaces de moverse con plena libertad en el ejercicio de sus funciones, evitando ser objeto de acusaciones que pudieran resultar infundadas; la coraza de privilegios e inmunidades no es, por tanto, una vía para que quienes los disfruten actúen de manera descontrolada, sino una garantía de su independencia y libertad de actuación. Respecto del principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados destacan varios instrumentos jurídicos de diverso tipo y alcance:

- Tratados sobre materias en principio ajenas al tema pero que contienen disposiciones concretas que recogen inmunidades específicas; por ejemplo, respecto de los buques de guerra que pertenezcan a un Estado⁷.
- Tratados de carácter regional como el *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados* (Basilea, 16 de mayo de 1972)⁸.
- O convenios de carácter multilateral como el relativo a la *inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes*, que se basa en una revisión del proyecto de artículos que en esta materia aprobara la Comisión de Derecho Internacional (1991), y fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁹ y abierto a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005 (*infra* párrafos 12 y ss.).

El principio de inmunidad de los Estados tiene en el Derecho internacional naturaleza consuetudinaria. En España, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (1985)¹⁰, tras reconocer la jurisdicción de los tribunales españoles sobre personas y materias en todo el territorio español en la forma establecida en la Constitución y en las leyes, admite como excepciones las basadas en los “supuestos de inmunidad de jurisdicción (...) establecidos por las normas de Derecho Internacional Público” (artículos 4 y 21.1).

5. El principio de inmunidad de jurisdicción se expresó con claridad en fecha temprana (1812) en un asunto ya citado (párrafo 4 *supra*) de carácter interno resuelto por el juez Marshall, presidente del TS de los Estados Unidos, en el que se discutía la propiedad de nacionales estadounidenses sobre uno de sus buque requisado en su momento por Napoleón para incorporarlo a su marina de guerra. Una vez que la goleta *Exchange* arribó al puerto de Filadelfia, sus antiguos propietarios lo reclamaron judicialmente, lo que motivó que el juez afirmara el principio en los siguientes términos:

⁶ *The Schooner Exchange v. MacFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch), pp. 116, 137 (1812).

⁷ Convenios de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua, artículo 22 y sobre la alta mar, artículos. 8 y 9 (*BOE* de 24 diciembre 1971); o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, artículos 32, 95 y 96 (*BOE* de 14 diciembre 1997).

⁸ *International Legal Materials*, 1972, pp. 470 y ss. (España no lo ha ratificado): vincula sólo a 8 estados (<http://conventions.cor.int/Treaty/en/Treatis/Word/074.doc>). También han sido textos de referencia para la doctrina el proyecto de Convenio sobre la inmunidad del Estado aprobado por la ILA (*International Law Association*) el 4 de septiembre de 1982 o el proyecto de Convenio interamericano sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados de 21 de enero de 1983 (*International Legal Materials* 1982, pp. 292-295).

⁹ Resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004.

¹⁰ LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* de 2 de julio de 1985 (y corrección de errores en el de 4 de noviembre).

“esta perfecta igualdad... de los soberanos, y este interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, ha dado lugar a una categoría de situaciones en las que se entiende que cada soberano renuncia al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial plena y exclusiva de la que se ha dicho que es un atributo de todas las naciones”¹¹.

La inmunidad de jurisdicción de los Estados fue afianzándose por obra de la jurisprudencia interna de varios países a la que, posteriormente, fueron sumándose leyes nacionales específicas reguladoras del tema¹².

6. En el siglo XIX, la inmunidad de jurisdicción tenía un carácter absoluto. Era irrelevante el acto origen del litigio, podía ser “claramente comercial” o “inequívocamente público”. La inmunidad se concedía siempre al Estado extranjero.

Pero a principios del siglo XX esta doctrina cambia¹³. “Rompe el hielo en 1918 el Tribunal Federal Suizo”¹⁴.

Y su evolución nos presenta una realidad en la que los tratados internacionales existentes, de alcance universal o regional, que codifican el tema y “en la inmensa mayoría de los Estados”¹⁵ la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros tiene un alcance “relativo” y “no absoluto”:

- Este es el caso, bien conocido, por lo que a la codificación internacional se refiere, del Convenio de Basilea, promovido por el Consejo de Europa, de la inmunidad de jurisdicción del Estado, de 16 de mayo de 1972; o de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 17 de enero de 2005¹⁶.
- Y este es el caso, asimismo, de las legislaciones nacionales que han regulado este principio. Desde las primeras, la ley estadounidense sobre inmunidades soberanas (1976) y la del Reino Unido (1978), hasta las más recientes como las de Israel (2008) o Japón (2009). Desaparecidos los Estados de etiqueta “socialista”, que siempre abogaron por una inmunidad de jurisdicción absoluta¹⁷, esta doctrina solo sigue vigente en algunos países¹⁸.

Desde principios del siglo XX, en efecto, una distinción entre las actividades “soberanas” (*acta iurii imperii*), respecto de las que los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción, y las actividades privadas (*acta iure gestionis*), en las que la inmunidad desaparece, empezó a abrirse camino en la jurisprudencia de los tribunales belgas e italianos, para, poco a poco, por medio de su reconocimiento en los tratados internacionales (o proyectos) que he mencionado y su inclusión en ciertas legislaciones de carácter interno¹⁹, irse imponiendo en la mayoría de los Estados. Sigue habiendo con todo algunos sis-

¹¹ *The Schooner Exchange vs. McFaddon y otros* (*supra* nota 6).

¹² Por ejemplo, la ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras de 21 de octubre de 1976 (modificada en 1989, 1996 y 2008), ley británica sobre inmunidad estatal de 20 de julio de 1978, ley de Singapur sobre inmunidad estatal (1979), ordenanza pakistaní sobre inmunidad de los Estados (1981), ley sudafricana sobre inmunidades de los Estados extranjeros (1981), ley canadiense sobre inmunidad de los Estados (1982), ley australiana sobre inmunidad de los Estados extranjeros (1985), ley argentina (1995), ley de Israel (2008) o ley de Japón (2009).

¹³ Para una síntesis muy clara de su evolución, en particular en la jurisprudencia tanto interna como internacional, *vid.* R. DE GOUTTES: “A propos de l’immunité de juridiction des Etats étrangers”, *L’Etat souverain dans le monde d’aujourd’hui. Mélanges en l’honneur de J.-P. Puissechet*, Paris, Éditions A. Pédone, 2008, pp. 117-126 (pp. 120 ss.).

¹⁴ A.L. CALVO CARAVACA: “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución” cit. (nota 3), p. 647.

¹⁵ La expresión es del profesor Alfonso Calvo (A.L. CALVO CARAVACA: “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución” cit. [nota 3], p. 647).

¹⁶ Respectivamente en www.conventions.coe.int y A/RES/59/38, 2 diciembre 2004, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹⁷ OSAKWE, C.: “A soviet perspective on foreign immunity: Law and Practice”, *Virginia Journal of International Law*, 23 (1982), pp. 13-52.

¹⁸ A. CASSESE: *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (2ª ed.), p. 100; Sinclair, I.: “The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye/Collected Courses...*, 167 (1980-II), pp. 113-284 (p. 133). *Vid.* también nota 20 *infra*.

¹⁹ Los primeros en adoptar la tesis restrictiva fueron, a principios del siglo XX, Bélgica, Italia, Francia, Suiza, Austria y

temas jurídicos internos anclados en la concepción más tradicional de la inmunidad de jurisdicción²⁰. La tendencia hacia una inmunidad más restrictiva resulta lógica a la par que necesaria, en tanto en cuanto en las últimas décadas los Estados han incrementado notablemente su actuación en ámbitos antes reservados únicamente a actuaciones privadas²¹, con lo que sería injusto que simplemente por detentar esa condición *estatal* no pudieran ser demandados ante los tribunales, pues se generaría una clara situación de desigualdad respecto de sus co-contratantes particulares.

Aceptada la posibilidad de demandar a los Estados surge el problema de cómo determinar si una determinada actividad escapa o no a la inmunidad de jurisdicción:

- El criterio tradicional para dilucidar la cuestión ha sido, según he señalado ya, el de la distinción entre los *iure imperii* (actos de soberanía, poder público u oficiales) y los actos *iure gestionis* (de naturaleza privada). No obstante, el criterio de distinguir, a los efectos de aceptar o no la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, entre uno y otro tipo de actos plantea cuestiones delicadas. No es fácil siempre, y en la práctica, hacerlo²².
- Se han utilizado, como es sabido, dos criterios: el de la *finalidad* del acto; toda actividad del Estado dirigida a un fin público es un acto *ex iure imperii*. Y el de la *naturaleza* del acto; si un acto sólo puede ser realizado por Estados, por estar inmediata y directamente vinculado con las funciones propias de la soberanía, es de *imperio* (por ejemplo, una expropiación, un acto de guerra, la devaluación de moneda...), pero si el acto puede ser llevado a cabo (también) por un particular, es entonces un acto de gestión (ejemplos: compra de alimentos para el ejército, arrendamiento de locales...).
- Probablemente, el primer criterio es más impreciso que el segundo²³, pero en todo caso el problema real estriba en que, dado que no todos los Ordenamientos jurídicos internos tienen por qué seguir el mismo criterio, puede darse el caso, como jurisprudencia nacional comparada demuestra (italiana, francesa, de los Estados Unidos...), que un mismo acto sea considerado en dos Estados (que emplean criterios diferentes) como sujeto o no a la inmunidad de jurisdicción. Pensemos en un supuesto clásico: la compra de suministros militares por un Estado a una empresa de otro (botas, uniformes...) puede por la *naturaleza del acto* (contrato de compra-venta) considerarse como de gestión, mientras que si atendemos a su *finalidad* (satisfacción de funciones propias de las Fuerzas Armadas) sería seguramente un acto *ex iure imperii*²⁴.

El que la jurisprudencia no haya sido capaz de determinar con claridad, por medio de un criterio general o abstracto, los límites precisos de la inmunidad de jurisdicción es lo que explica que la práctica de los últimos años haya tendido a enumerar, directamente, los actos que se consideran de gestión y en los que, por tanto, no puede hacerse valer la inmunidad de jurisdicción:

la RFA. Los tribunales norteamericanos y británicos se mostraron algo más reacios (los primeros lo hicieron a mediados de los años cincuenta, como reacción al hecho de que la URSS era partidaria de la inmunidad de jurisdicción absoluta y los segundos en los años setenta).

²⁰ Probablemente pueda decirse que desaparecidos los Estados socialistas, esta doctrina solo sigue vigente, y “a veces solo por inercia” (A. REMIRO BROTONS; R. RIQUELME CORTADO; E. ORIHUELA CALATAYUD; J. Díez-Hochleitner y L. Pérez-Prat: *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 568), en algunos países africanos, asiáticos (China por ejemplo) y latinoamericanos.

²¹ Firman contratos, compran, venden, alquilan, emplean personal y actúan como empresarios (...).

²² El Consejo de Estado, en su dictamen 693/2015, de 23 de abril, acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, pp. 1-52, lo advierte también: “Esta distinción, todavía vigente en la jurisprudencia interna de muchos Estados, se enfrenta al problema fundamental de que la línea divisoria entre los actos de imperio y los actos de gestión dista de ser nítida, y así sucede que, en ocasiones, un mismo acto es considerado de imperio por los tribunales de un Estado y de gestión por los de otro” (p. 26).

²³ “El criterio es confuso y poco operativo, porque, en definitiva, toda actividad desarrollada por el Estado persigue una ‘finalidad pública’...” (A.L. CALVO CARAVACA: “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución” cit. [nota 3], p. 648).

²⁴ De hecho, este supuesto ha provocado en la realidad conclusiones diferentes según el país de que se tratara. La compra fue calificada como acto *iure gestionis* en los tribunales italianos (Governo rumano c. Trutta, Giur. It. 1926, Pt I (1): 774; Foro It. (1925), I, Col. 584 y ss.) y como acto *iure imperii* por los franceses (Gouvernement espagnol c. Casaux, 22 de enero de 1849, Dalloz, 1849, 1) y de Estados Unidos (Kingdom of Roumania v. Guarantee Trust Co. of New York, 240 Fed. 341 (1918)).

- Es lo que hace, por ejemplo el *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados* de 1972 (artículos 4, 5, 9-11).
- Y la misma tendencia ha fructificado en la *Convención sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes* (2005), cuya Parte III (artículos 10-17) recoge los “procesos en los que la inmunidad de jurisdicción no se puede hacer valer”.

7. Hasta ahora nos hemos referido a la inmunidad de jurisdicción de un Estado, pero sin concretar qué debe entenderse por tal, lo que resulta necesario para discernir si el acto de un determinado órgano puede ser considerado estatal y beneficiarse, por tanto, de la inmunidad. La Convención de Naciones Unidas (2005) utiliza un concepto amplio y flexible, más que el del Convenio de Basilea (1972), al entender por Estado a éste y sus órganos de gobierno, a los elementos constitutivos de un Estados federal o las subdivisiones políticas del Estado que puedan realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana, a los organismos e instituciones del Estado u otras entidades que, igualmente, realicen actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado y a los representantes del Estado cuando actúen con tal carácter (artículo 2.1.b).

No está en todo caso claro que dicho concepto sea aceptado generalizadamente; por ejemplo, y antes ya lo apuntaba, el Convenio del Consejo de Europa no reconoce la inmunidad de jurisdicción de las entidades miembros de un Estado federal, salvo en el caso de que este formule una declaración en sentido contrario dirigida al Secretario del Consejo de Europa (artículo 28) y esta tesis ha sido igualmente recogida en algunas legislaciones estatales (como las del Reino Unido o Singapur).

II. El Derecho español sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, anterior a la Ley orgánica 16/2015, de 27 de octubre

8. El Derecho español sobre de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ha experimentado cambios profundos, parejos a la evolución del principio en Derecho internacional. De una parte, la inmunidad de jurisdicción activa (demanda de un Estado extranjero ante tribunales españoles) ha sido tenida en cuenta tanto por la LOPJ (1985), que, como vimos, dispone que la jurisdicción de los tribunales españoles “se exceptúa en los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por el Derecho Internacional” (artículo 21.1 y 2) por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (2000) (artículo 36.2)²⁵.

También se ocupa nuestro Ordenamiento jurídico de la inmunidad de jurisdicción pasiva (cuando sea España el Estado demandado ante los tribunales de otro). Inicialmente, se contó con el Real Decreto (RD) 1654/1980, de 11 de julio, sobre el Servicio de lo Contencioso del Estado en el extranjero²⁶, cuya exposición de motivos aceptaba que la inmunidad de jurisdicción del Estado español ante los tribunales extranjeros admitía excepciones²⁷. Este texto fue derogado por el RD 997/2003, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado²⁸, y modificado posteriormente por RD 247/2010, de 5 de marzo²⁹.

²⁵ “Los Tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforma a las normas del Derecho Internacional Público” (Ley1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* de 8 de enero de 2000).

²⁶ *BOE* de 16 de agosto de 1980.

²⁷ Y también lo recogían los artículos 7, 8 y 16.

²⁸ *BOE* de 7 de agosto de 2003.

²⁹ *BOE* de 6 de marzo de 2010. El nuevo texto, podría decirse, oscurece para un observador exterior el Derecho español respecto de lo que transmitía el viejo decreto 1654 (1980), pues en él se adopta un enfoque puramente orgánico-institucional, hurtándose el enunciado de pautas de actuación y la identificación de los criterios aplicables por el Estado español; el nuevo Decreto se limita a remitir a las decisiones pertinentes que adopte el Ministro de Asuntos Exteriores (fundamentalmente artículos 32.2, 34.a), 35.2 y 41.3). Ha podido afirmarse en este sentido que la nueva disposición “supone un claro retroceso” en este aspecto, si la comparamos con el Real Decreto de 1980 al que deroga (P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA: *Sistema de Derecho Internacional Público*, Cizur Menor [Navarra], Civitas y Thomson Reuters, 2011, p. 88).

9. La jurisprudencia española se ha inclinado finalmente por la tesis de la inmunidad restringida desde las STS de 10 de febrero y de 1 de diciembre de 1986 (Sala 6ª)³⁰. Opción que la sentencia 107/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional³¹ confirma (y la extiende a la inmunidad de ejecución de la que no me ocupo en este Estudio).

10. Nuestro país decidió finalmente adherirse³² a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes que abordaré seguidamente. El Consejo de Ministros lo acordó en febrero de 2011³³, en marzo la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados emitió el preceptivo dictamen concediendo al Gobierno la autorización previa al tratarse de un tratado de los relacionados en el artículo 94.1 de la Constitución española vigente sin proponer declaración ni reserva alguna y el Congreso de los Diputados aprobó por asentimiento dicho dictamen³⁴, el Senado comunica a principios de abril que no se han formulado propuestas de enmienda de ningún tipo (ni declaraciones ni reservas por entendernos) y, finalmente, el Senado da cuenta de su autorización el 8 de abril del presente año³⁵.

Hasta la fecha³⁶, la Convención no se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (*infra* párrafo 25, letra A).

11. Y es importante advertir que la normativa española sobre las inmunidades de los Estados extranjeros, deficiente y dispersa hasta la adopción de la LO 16/2015), convirtió, sí³⁷, a la jurisprudencia de los tribunales españoles, en particular la del Tribunal Constitucional, en la piedra de toque indispensable para conocer el alcance de las inmunidades (en el caso de este Estudio, en concreto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España).

Desde las sentencias del TS citadas (1986) y la STC 107/1992 también referida, la aplicación judicial de las inmunidades mejoró. Mejora que se hizo, si cabe, más evidente desde la adhesión española (2011) a la Convención de Naciones Unidas (2005). El alcance codificador de su texto, aún no habiendo todavía entrado en vigor, ha sido un referente importante (con algunas excepciones) en la fundamentación jurídica de las decisiones de los tribunales españoles sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros.

Tal es el caso, por ejemplo, de:

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco (Sala de los Social) de 9 de diciembre de 1999 (Consulado Honorario de Alemania)³⁸.

³⁰ Sobre la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros en España hasta 1986, *vid.* F.J. CARRERA HERNÁNDEZ: “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXIII (2007), pp. 63-99 (pp. 64-70).

³¹ BOE de 24 de julio de 1992.

³² Según algunos “una adhesión poco meditada” (J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015...” cit. [nota 1], p. 96).

³³ Referencias del Consejo de Ministros (viernes 4 de febrero de 2011): Acuerdo por el que se autoriza la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y se dispone su remisión a las Cortes Generales (<http://www.lamoncloa.gob.es>).

³⁴ Dictamen de la Comisión 110/000247, Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, serie C: Tratados y Convenios internacionales, 15 de marzo de 2011, nº 293-2 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura*, p. 1); *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanentes. Sesión plenaria nº 219 celebrada el miércoles 16 de marzo de 2011*, IX Legislatura, nº 231, p. 40 y Congreso de los Diputados, aprobación por el Pleno, dictamen 110/000247..., 16 de marzo de 2011, serie C..., nº 293-3 (*BOCG. Congreso de los Diputados. IX Legislatura*, p. 1).

³⁵ Propuestas (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, IX Legislatura*, nº 43, 5 de abril de 2011, p. 4); el Pleno del Senado autoriza el 6 de abril de 2011 la adhesión española a la Convención (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, IX Legislatura*, nº 46, 8 abril 2011, p. 74).

³⁶ Hasta hoy, que escribo, martes 31 de mayo de 2016.

³⁷ F. J. CARRERA HERNÁNDEZ: La inmunidad de ejecución...” cit. (nota 30), pp. 65-66.

³⁸ vLex 22294171.

- Auto del Juzgado de lo Social de Madrid de 22 de enero de 2002 (centro público oficial de Italia)³⁹.
- Autos del juzgado de lo Social de Madrid de 1 de marzo de 2002 y 3 de noviembre de 2003 (Embajadas de Gabón y Grecia respectivamente).
- Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de enero de 2004 (Consulado de Chile).
- Auto del Juzgado de lo Social de Madrid de 12 de enero de 2005 (Embajada de la República de Corea)⁴⁰.
- O del auto 192/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2007 (demanda contra la República Argentina)⁴¹.

También, y con posterioridad a la adhesión española (2011) a la Convención de Naciones Unidas (y todas ellas con referencia a despidos improcedentes de dos centros públicos oficiales de Italia en nuestro país):

- La sentencia 13054/2013, de 16 de septiembre, del TSJ Madrid⁴².
- La sentencia 4605/2014, de 25 de junio, del TSJ de Cataluña⁴³.
- Y las sentencias 1017/2014 de 9 de diciembre⁴⁴, 66/2015 de 2 de febrero⁴⁵ y 2101/2015 de 6 de marzo, del TSJ de Madrid⁴⁶.

III. La Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes

12. Más allá de su génesis, contenido global y otras cuestiones⁴⁷, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó por asentimiento, un 2 de diciembre de 2004, su resolución 59/38 (Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes).

La Convención quedó abierta a la firma desde el 17 de enero de 2005 hasta el 17 de enero de 2007 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York (artículo 28).

Entrará en vigor 30 días después del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Aún no lo ha hecho (*infra* párrafo 25).

3.1. La inmunidad de jurisdicción del Estado. Inmunidad restringida o relativa

13. La Convención parte de principio de que los Estados, “todo Estado”, “goza(n), para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otros Estados, según lo dispuesto en la presente Convención” (artículo 5). Esta dispone después determinadas excepciones a la regla general.

Siendo esto así, todo Estado tiene el deber de abstenerse de ejercer su jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado, teniendo incluso que velar “por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado” (artículo 6).

³⁹ JUR/2002/216230.

⁴⁰ <http://www.poderjudicial.es>

⁴¹ JUR/2007/325577.

⁴² <http://www.poderjudicial.es>

⁴³ vLex 537698410.

⁴⁴ vLex 555898102.

⁴⁵ vLex 559380210.

⁴⁶ vLex 568038358.

⁴⁷ *Vid.* sobre estas C. GUTIÉRREZ ESPADA: “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, núm. 2, octubre 2011, pp. 145-169 (pp. 152 ss.).

14. La inmunidad de jurisdicción no es absoluta. De una parte, sí puede invocarse en ciertos supuestos que la Convención recoge y a los que me referiré enseguida; pero de otro y naturalmente, la inmunidad de jurisdicción puede ser objeto de renuncia por el Estado en cuestión. Renuncia tanto expresa como tácita:

- *De manera expresa*, un Estado puede renunciar por tratado internacional, por contrato escrito o mediante una declaración ante el tribunal de otro Estado o comunicación escrita en un proceso determinado (artículo 7); es interesante advertir que estas exigencias de la Convención de las Naciones Unidas no son vinculantes para el Estado del foro, que podrá imponer reglas más estrictas para entender prestado el consentimiento⁴⁸.
- *El consentimiento tácito* se entiende prestado cuando el Estado extranjero incoa él mismo el proceso o interviene realizando cualquier acto en relación con el fondo (artículo 8.1). Aunque no se considerará prestado, si el Estado extranjero interviene en un proceso solo con el fin de invocar su inmunidad o de hacer valer un derecho o interés sobre los bienes objeto del litigio (artículo 8.2) o uno de sus representantes comparece en calidad de testigo ante los tribunales de otro Estado (artículo 8.3).

Por último, si un Estado incoa o interviene en un proceso ante tribunales de otro no puede invocar su inmunidad frente a una demanda reconvenional que se base en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal (artículo 9.1 y 2). Y si el Estado extranjero formula una reconvenición en un proceso incoado contra él ante los tribunales de otro Estado tampoco podrá invocar su inmunidad ante ese tribunal en lo relativo a la demanda principal (artículo 9.3).

Los artículos 5 a 8 de la Ley Orgánica 16/2015 (*infra* apartado IV) recogen estas disposiciones.

3.2. Las “excepciones” a esta inmunidad

15. Las “excepciones”⁴⁹ a la regla general, según la cual los Estados tienen inmunidad de jurisdicción, se enumeran por la Convención básicamente en su tercera parte, que se ocupa de los “procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer” (artículos 10-17).

16. Habida cuenta, como veremos después (apartado IV), que la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, adoptada en nuestro país sigue estrechamente, en el ámbito de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles, a la Convención de Naciones Unidas, parece conveniente recordar expresamente aquí las disposiciones de ésta en el tema; al menos de tres de ellas, que me parecen de particular relevancia para lo que luego diré sobre la Ley Orgánica 16/2015.

17. Partiendo pues del principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (artículos 5 y 6.2), la Convención señala como excepciones de carácter dispositivo, es decir, si los Estados interesados no convienen otra cosa⁵⁰, las siguientes:

⁴⁸ “Informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones”, *Anuario CDI 1991*, vol. II, Segunda Parte, pp. 12-67, p. 29 (comentario 11 al artículo 7).

⁴⁹ La CDI, al adoptar en 1991 su Proyecto definitivo de artículos, evitó utilizar términos como los de “límites” o “excepciones” en aras de un compromiso frente a las tesis enfrentadas a propósito del fundamento y naturaleza de la inmunidad: así, para algunos Estados la inmunidad del Estado era un principio de Derecho internacional consuetudinario que tenía algunas excepciones, reconocidas como tales por la práctica; para otros sin embargo, la inmunidad del Estado se limitaba a algunos ámbitos solo por lo que no podría ser calificada de regla general (...) (“Informe de la CDI...”, *Anuario CDI 1991*, volumen II, Segunda Parte cit. [nota 48], p. 35, párrafo 1 de los comentarios a la Parte III). En todo caso, como el párrafo primero del Preámbulo de la Convención se inclina, entiendo, por la primera de esas tesis (“Considerando que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario”), creo que emplear el término “excepción” resulta perfectamente válido.

⁵⁰ Una valoración crítica de este enfoque dispositivo (tan contundente, tan expresiva, tan “efectista” en ocasiones como las que utiliza en sus trabajos) en el artículo del profesor GONZÁLEZ VEGA, JAVIER A.: “Inmunidades, Derecho internacional y tutela

A) Las transacciones mercantiles con una persona física o jurídica (no estatal en todo caso), salvo pacto en contrario de las partes (artículo 10.2.b)⁵¹.

a) La Convención enumera una serie de contratos (artículo 2.1.c), determinando que, a efectos de la calificación de un acto como “transacción mercantil”, debe atenderse principalmente a “la naturaleza del contrato o de la transacción” pero también a su “finalidad” siempre que así lo acuerden las partes o si en la práctica del Estado del foro (versiones en francés e inglés) o en la del Estado parte en la transacción (versión en español, *vid. infra* esta misma letra a] *in fine*) tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o la transacción” (artículo 2.2). Y es que si se tiene en cuenta únicamente el criterio de la naturaleza del acto, los supuestos en los que la aplicación de la inmunidad fuera posible se reducen considerablemente: así, si un Estado ofrece una recompensa para la captura de una persona buscada por sus autoridades, la *naturaleza del acto* llevaría a considerar que dicho Estado no tiene inmunidad de jurisdicción, mientras que si tenemos en cuenta el criterio del *fin* sí podría invocar dicho principio (...)⁵².

La decisión sobre los criterios a utilizar para la definición de transacción mercantil llevó su tiempo. El Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de 1991 determinó que la definición de transacción mercantil podía tener en cuenta tanto la *naturaleza* del acto como *su finalidad si así se tenía en cuenta en la práctica del Estado extranjero parte en la transacción*. ¿Razones?: a la postre “para proteger a los Estados en vías de desarrollo”⁵³, pues se pretendía, como la CDI ponía de manifiesto en sus comentarios, que estos Estados pudieran beneficiarse de la inmunidad en algunas transacciones que respondiesen a una razón de Estado, como por ejemplo la compra de víveres para alimentar a una población, para combatir la hambruna o socorrer una zona amenazada o de medicamentos para erradicar una epidemia⁵⁴. La oposición de otros Estados a esta fórmula generó intensos debates en el seno de la Asamblea General, presentándose fórmulas alternativas que no prosperaron⁵⁵.

La fórmula finalmente acordada llegó en el 2003 como fruto de las consultas informales coordinadas por el Relator Chusei Yamada en el seno del Comité Especial de la Asamblea General y supuso una variante de la que la CDI adoptó en su Proyecto definitivo de artículos (1991): para el concepto de transacción mercantil podía tenerse en cuenta tanto el criterio de la naturaleza del acto como (si las partes lo acordaban o así se deducía de la práctica *del Estado del foro*) de su finalidad⁵⁶. La fórmula que resultó a la postre elegida se aproxima a la que se utiliza en ciertas jurisdicciones nacionales, como la francesa, en la que la que la determinación de la inmunidad o no depende “de la naturaleza del acto o de su finalidad” o “de la naturaleza del acto y de su finalidad”⁵⁷.

judicial en la Ley Orgánica 16/2015...” cit. (nota 1), p. 90; también Id.: “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. (nota 1), p. 276.

⁵¹ M. GÓMEZ JENE: “Inmunidad y transacciones mercantiles internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, nº 1, pp. 155-178; C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 899-900.

⁵² Sentencia de 1 de noviembre de 2006, *José Guevara v. Perú*, Tribunal de Apelación del distrito 11 (Estados Unidos), núm. 05-16235.

⁵³ G. HAFNER y L. LANGE: “La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens”, *Annuaire Français de Droit International*, L (2004), pp. 45-76 (p. 56).

⁵⁴ “Informe de la CDI... Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, *Anuario de la CDI* cit. (nota 48), p. 20.

⁵⁵ G. HAFNER y L. LANGE: “La Convention des Nations Unies sur les immunités...” cit. (nota 53), pp. 55-56.

⁵⁶ *Vid.* en este sentido las observaciones de G. HAFNER y L. LANGE: “La Convention des Nations Unies sur les immunités...” cit. (nota 53), pp. 58 y 55.

⁵⁷ Respectivamente, sentencia de 20 de junio de 2003, Cour de Cassation, Mme. Naira X c- École saoudienne de Paris et Royaume d’Arabie Saoudite, *Révue Générale de Droit International Public*, 107 (2003), núm. 4, pp. 1002-1008 (anotada por F. Poirat; también De Gouttes, R.: “A propos de l’immunité...” cit. [nota 13], pp. 121-122); y sentencia de 20 de septiembre de 2006, Cour de Cassation, Société Prony habitations c. Guinée Bissau et Mme. Marie Regina Da Costa Gómez, *Révue Générale de Droit International Public*, 110 (2006), núm. 4, pp. 971-972 (nota de G. Le Floch). La diferencia de terminología (el “y” en vez de “o”) entre las decisiones de 2006 y 2003 no ha merecido concreción doctrinal mayor (“sans que l’on sache si le changement mineur apporté est significatif”, P. DAILLIER; M. FORTEAU; y A. PELLET: *Droit International Public*, LGDJ, Paris, 2009, 8ª edición, p. 500).

Para un breve pero interesante recorrido por la jurisprudencia comparada sobre la aplicación de los criterios de la “naturaleza” y de “finalidad”, *vid.* M. GÓMEZ JENE: “Inmunidad y transacciones mercantiles...” cit. (nota 51), pp. 161-164.

Item más: debe advertirse, y luego volveré sobre ello (*infra* párrafo 28, letras A y b) que el texto en español (texto auténtico) de la Convención mantiene, en la definición de transacción mercantil, la fórmula del Proyecto de artículos de la CDI (1991), no la que finalmente resultó adoptada (que sí se recoge, por ejemplo, en los textos, igualmente auténticos, francés e inglés de la misma).

b) Repárese en que, en el contexto de un proceso por una transacción mercantil, la inmunidad de jurisdicción del Estado no resultará afectada (por entender que el Estado no es parte en la transacción) cuando en dicho proceso intervenga como parte en la transacción una empresa estatal u otra entidad creada por dicho Estado que estén dotadas de personalidad jurídica propia y tengan capacidad para demandar y ser demandadas y adquirir bienes, tener su propiedad o posesión y disponer de ellos, incluidos bienes que ese Estado le haya autorizado a explotar o a administrar (artículo 10.3). Esta disposición, que se introdujo en el Proyecto definitivo de artículos de la CDI (1991) fue mantenida finalmente por el Comité Especial de la Sexta Comisión, pero dio lugar a intensos debates. Fue propuesta por los Estados socialistas, que estaban modificando con rapidez su sistema económico, social y político y pasando de un sistema de economía rígida de Estado a empresas estatales con personalidad propia, que como regla general realizaban transacciones mercantiles en su propio nombre, como entidades independientes del Estado que las crea; en dichos países se articuló en este contexto la noción de “bienes de Estado separados”, esto es, que los bienes de una empresa estatal eran distintos de los del Estado por razón de la personalidad jurídica propia de aquella entidad. La solución no satisfizo a algunos Estados occidentales, que temían que ciertos Estados intentasen una limitación de su responsabilidad, en perjuicio de las otra parte en una transacción comercial, mediante la creación de empresas estatales poco capitalizadas para la conclusión de este tipo de actos⁵⁸. La disposición se mantuvo, pero se decidió su inclusión en el “Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención” que forma parte, como anexo, de la misma; en él se establece que el párrafo 3 del artículo 10:

“no prejuzga la cuestión del ‘levantamiento del velo de la persona jurídica’, las cuestiones relativas a una situación en que una entidad estatal haya hecho deliberadamente una exposición falsa de su situación financiera o haya ulteriormente reducido su activo para evitar el pago de una deuda, ni otras cuestiones conexas”.

En consecuencia, que el problema de en qué casos concretos se puede “levantar el velo” no parece haberse resuelto, por lo que habrá que esperar a la práctica. Y es que no (me) parece que las palabras del grupo de trabajo, creado por la CDI el 7 de mayo de 1999 (2569ª sesión) y presidido por G. Hafner, sean suficientemente precisas para arrojar una luz definitiva al respecto:

“Para poder considerar los actos de una entidad como actos de una institución del Estado es necesario que exista una relación jurídica entre el Estado y la entidad de que se trate. Si no se puede demostrar esa relación, no será posible «penetrar el velo» para tener acceso a los bienes de la institución”⁵⁹

B) Los contratos de trabajo, salvo en los casos siguientes (artículo 11):

a) Que el trabajador haya sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público. El alcance de esta excepción se fue restringiendo desde su incorporación, en 1989, al Proyecto de artículos de la CDI en primera lectura (“funciones en el ejercicio del poder público”), pasando por el texto en segunda lectura de 1991 (“funciones estrechamente ligadas al ejercicio del poder público”). La fórmula finalmente adoptada en la Convención (“contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público”) incluye a secretarios privados, criptógrafos, traductores, intérpretes y otras personas que ejercen funciones ligadas a la seguridad o a los intereses fundamentales

⁵⁸ *Vid.* sobre esta cuestión HAFNER y LANGE, “La Convention des Nations Unies...” cit. (nota 53), pp. 62-63; C. KESSDJIAN, y C.H. SCHREUER: “Le Projet d’ articles de la CDI des Nations Unies sur les immunités des Etats”, *Révue Générale de Droit International Public*, 96 (1992), núm. 2, pp. 299-341 (p. 325).

⁵⁹ “Informe de la CDI...”, *Anuario CDI*, 1999, vol. II, 2ª Parte, pp. 158-183, pp. 170 ss. (p. 174, párrafo 73).

del Estado⁶⁰; una propuesta de Australia para enumerar las categorías de empleados contempladas no se aceptó⁶¹. En su jurisprudencia reciente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera el artículo 11 de la Convención (en particular esta letra *a* del párrafo 2 del mismo) forma parte del Derecho internacional general y lo utiliza para dilucidar si la eventual inmunidad concedida a un Estado supone o no una violación del derecho al juez previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos humanos⁶².

b) El empleado es una persona que tiene inmunidad diplomática (agente diplomático, funcionario consular, miembro del personal diplomático de misiones permanentes ante organizaciones internacionales, de una misión especial, que haya sido designado representante de un Estado en una conferencia internacional o cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática).

c) El empleado es nacional del Estado extranjero al iniciarse el proceso y no tiene su residencia permanente en el Estado del foro.

d) el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador.

e) el objeto del proceso es la rescisión del contrato y el Estado contratante determine que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad.

f) Si Estado empleador y trabajador han convenido por escrito otra cosa y siempre que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro no tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.

C) Las acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes causados por un acto u omisión atribuible al Estado (artículo 12). Pero para ello, esto es, para que no sea invocable la inmunidad de jurisdicción, resulta preciso que se den, cumulativamente, dos condiciones: la presencia del autor del acto u omisión en el territorio del Estado del foro y que la producción de estos tenga lugar, total o parcialmente, en ese mismo territorio. Se está pensando principalmente en los accidentes de circulación causados por el transporte de personas o bienes por carretera, ferrocarril, aire o agua, pero al mismo tiempo está redactado en términos lo suficientemente amplios para abarcar todo daño intencional, incluidos los eventuales asesinatos políticos⁶³; la inmunidad de jurisdicción sí jugaría en el caso de daños no materiales, esto es, daño moral, procedente de la difamación o la calumnia o que implique un perjuicio de derechos contractuales...⁶⁴.

Si a este dato añadimos que la redacción del artículo 12 que estamos comentando lo permitiría por su amplitud, pudiera pensarse que la Convención ha establecido una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado en los casos de la comisión por éste de violaciones graves de los derechos humanos. Hay un sector doctrinal que se lo ha planteado⁶⁵ y de hecho, algunas de las declaraciones efectuadas por los Estados que se han vinculado a la Convención (Noruega, Suecia, Suiza, Liechtenstein) desean dejar claro, por si acaso, que la Convención en general y su artículo 12 en particular no regulan esta problemática. No es así, desde luego, como de los trabajos preparatorios en su última fase de la Convención demuestran (*infra* párrafo 28, letra B); más en concreto, podría añadirse que una propuesta de insertar en el texto de la Convención una excepción a la inmunidad en caso de graves violaciones de los derechos humanos durante los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional fue rechazada⁶⁶, amén de que en la presentación a la Sexta Comisión del Informe del Comité Especial que intervino en la fase final de los trabajos, su Presidente, el Sr. Hafner, dejó claro que en las negociaciones todos estaban

⁶⁰ “Informe de la CDI...”, *Anuario CDI*, 1991, vol. II, 2ª Parte cit. (nota 48), p. 46 (comentario 9 al artículo 11 de su Proyecto).

⁶¹ Doc. A/C.6/48/L.4, párrafo 63 y propuesta Q.

⁶² *Ad ex.* sentencias *Cudak* (2010), *Sabeh El Leil* (2011), *Wallishauser* (2012), *Oleynikov* (2013)... *Vid.* C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 903-905.

⁶³ “Informe de la CDI...”, *Anuario CDI 1991*, volumen II, Segunda Parte cit. (nota 48), p. 48 (comentario 4 al artículo 12).

⁶⁴ *Ibidem*, p. 48 (comentario 5).

⁶⁵ *Vid. ad ex.* J. FINKE: “Sovereign immunity: rile, comity opr something else?”, *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), nº 4, pp. 853-881 (pp. 862-864).

⁶⁶ *Vid.* C. K. HALL: “United Nations Convention on State Inmunity: The need for a human rights Protocol”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 55 (2006), núm. 2, pp. 411-426 (p. 412).

en el entendido de que el temas de las inmunidades en caso de actividades militares no formaban parte del objeto de la Convención (*infra* párrafo 21).

Hay, sí, otras excepciones, que plantearon en todo caso menos debate, hasta el punto que permanecieron inmutables desde su adopción en la segunda lectura del Proyecto de artículos de la Comisión, en 1991, y que no tienen por lo demás la relevancia de las comentadas respecto de nuestra LO 16/2015⁶⁷.

18. Me parece importante recordar (*supra* párrafo 11) que desde la adhesión español a la Convención la corrección de las decisiones judiciales patrias en aplicación del concepto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros mejora.

3.3. Ámbitos excluidos de la Convención

19. El artículo 3 de la Convención excluye de su campo de aplicación las inmunidades de las misiones diplomáticas y consulares y su personal (párrafo 1), los privilegios e inmunidades *ratione personae* de los Jefes de Estado (párrafo 2) y las inmunidades de las aeronaves y objetos espaciales propiedad de un Estado u operados por él (párrafo 3). Dicho de otro modo, la Convención ha querido no aplicarse en todo caso en el que juegue otro régimen de inmunidad. En este contexto, en su artículo 26 la Convención se declara subsidiaria respecto de cualquier otro tratado internacional “relacionado con cuestiones a que se refiere la presente Convención”.

Respecto del párrafo 1, la Comisión de Derecho Internacional aclaró en sus comentarios que las inmunidades excluidas de la Convención son las que se encuentran recogidas en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (1961), sobre relaciones consulares (1963), la Convención sobre misiones especiales (1969), la Convención sobre la prevención y represión de las infracciones cometidas contra las personas que gozan de protección especial, incluidos los agentes diplomáticos (1973), y la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (1975)⁶⁸.

En relación con el párrafo 2, es de interés comentar que aunque literalmente en él solo se alude a los Jefes de Estado y no a otros representantes del Estado, el Presidente del Comité Especial que nombró la Asamblea General para concluir los trabajos preparatorios, el Sr. Hafner, aclaró que ello no quería decir que las inmunidades de esos otros representantes sí debían considerarse incluidas en la Convención⁶⁹.

20. La Convención no se refiere a las actuaciones penales. Tal fue el entendido al que llegó el grupo de trabajo luego convertido en Comité Especial y así se hace constar en el Informe final de este a la Sexta Comisión⁷⁰. La resolución de la Asamblea General que aprueba la Convención e invita a los Estados a hacerse parte de ella declaró expresamente, en el párrafo 2 de su preámbulo:

⁶⁷ A saber, no hay inmunidad de jurisdicción en los procesos: para determinar los derechos u obligaciones de un Estado extranjero respecto de bienes, muebles e inmuebles, situados en el territorio del Estado del foro (artículo 13); para determinar los derechos de un Estado extranjero en temas de propiedad industrial o intelectual o la lesión por este de un derecho de la misma naturaleza de un tercero en el Estado del foro (artículo 14); en los procesos relativos a la participación del Estado extranjero con sujetos privados en sociedades constituidas con arreglo al Derecho del Estado del foro o con su sede o establecimiento principal en él (salvo que las partes hayan pactado la inmunidad de jurisdicción en acuerdo escrito o así lo dispusiera el instrumento por el que se rija la sociedad (artículo 15); en procesos sobre la explotación por un Estado extranjero de un buque que en el momento de iniciarse la acción se utilizara para fines que no sean un servicio público no comercial, así como los cargamentos propiedad de un Estado y su transporte en tales buques (salvo que los Estados interesados convengan otra cosa) (artículo 16); y en los procesos que un Estado, que haya concertado por escrito con una persona natural o jurídica extranjera un convenio a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretenda interponer sobre la validez, interpretación o aplicación del convenio arbitral, el procedimiento de arbitraje o la confirmación o anulación del laudo (salvo que el convenio arbitral disponga otra cosa).

⁶⁸ “Informe de la CDI...”, *Anuario CDI 1991*, vol. II, Segunda Parte cit. (nota 48), p. 22 (comentario 2 al artículo 3 de su Proyecto).

⁶⁹ Sexta Comisión, Acta de la 13ª sesión (A/C.6/59/SR. 13, 25 octubre 2004, párrafo 36).

⁷⁰ “Informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 1-5 marzo 2004”, *Asamblea General. Documentos Oficiales. 59 periodo de sesiones. Suplemento núm. 22 (A/59/22)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, pp. 1-24, p.3 (párrafo 11).

“su acuerdo con la interpretación general a que se llegó en el Comité Especial en el sentido de que la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes no comprende las actuaciones penales” (res. 59/38 de 2 de diciembre de 2004).

Según el Presidente del Comité Especial, esta resolución forma parte del contexto de la Convención de las Naciones Unidas de conformidad con la regla general de interpretación de los tratados codificada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969⁷¹. En mi opinión, y a la luz del artículo 32.2.b de la Convención de Viena dicha afirmación es correcta⁷².

21. La inmunidad de jurisdicción (que es la única de la que trato en este texto) en el caso de las actividades militares quedó fuera de la Convención. Ya los comentarios al artículo 12 del Proyecto de la CDI, que regula uno de los procesos en los que la inmunidad de jurisdicción no puede ser invocada, se determina que su texto no se aplica a las situaciones de conflicto armado. Además, podría añadirse que durante la presentación a la Sexta Comisión del Informe del Comité Especial que intervino en la fase final de los trabajos⁷³, su Presidente, el Sr. Hafner, dejó claro que en las negociaciones todos estaban en el entendido de que el temas de las inmunidades en caso de actividades militares no formaban parte del objeto de la Convención, refiriéndose en concreto a la cláusula de salvaguarda contenida en el párrafo quinto del Preámbulo de la misma (“las normas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente Convención”)⁷⁴.

De los Estados que han prestado su consentimiento a la Convención, Noruega, Suecia, Suiza y Liechtenstein han declarado expresamente que “La Convención no se aplica a las actividades militares”⁷⁵.

3.4. A modo de conclusión y aún de crónica previamente anunciada de lo que diré después: la Convención, en todo caso, no resuelve ciertas cuestiones actualmente claves en el tema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

22. Uno de los ejemplos más representativos de la tendencia que en el mundo moderno ha aparecido de cuestionar el poder absoluto del Estado es el de la reconfiguración de la figura de la inmunidad de los Estados. Así, de una inmunidad absoluta de jurisdicción se ha pasado a la inmunidad de jurisdicción relativa tan solo.

Pero hay algo más. Incluso en los supuestos de inmunidad de jurisdicción del Estado en aplicación de la tesis restrictiva, ha aparecido con fuerza la idea de la necesidad de que los Estados puedan ser juzgados (y condenados) por un tribunal de otro cuando las actividades de imperio o no comerciales realizadas por él hubiesen supuesto la vulneración de ciertas normas particularmente relevantes del Derecho Internacional, las normas imperativas o de *ius cogens*⁷⁶.

23. Nada de todo esto podrá encontrarse en la Convención de las Naciones Unidas (*vid. infra* párrafos 24-33).

⁷¹ Hafner, G. y Lange, L. : “La Convention des Nations Unies...” cit. (nota 53), p. 75.

⁷² Sobre el contexto de un tratado y su papel en la interpretación del mismo *vid. ad. ex.* C. GUTIÉRREZ ESPADA y M^a. J. CERVELL HORTAL; *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2012 (3^a ed.), pp. 187-188.

⁷³ “Informe del Comité Especial...”, A/59/22 cit. (nota 70).

⁷⁴ Sexta Comisión, Acta de la 13^a sesión (A/C.6/59/Sr.13), p. 6 (párrafo 36).

⁷⁵ Status as at: 12-05-2016, Chapter III: Privileges and immunities, diplomatic and consular relations etc., 13. UN Convention on jurisdictional Immunities of States and thir property, New York, 2 december 2004 (<http://treaties.un.org/pdf>).

⁷⁶ *Vid. infra* notas 104 y 105.

IV. La LO 16/2015, de 27 de octubre, en el tema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España⁷⁷

4.1. Su conveniencia y/o oportunidad

24. La Convención de Naciones Unidas (2005) no ha entrado en vigor aún, pero la mayoría de sus disposiciones codifican normas de Derecho internacional consuetudinario que a tal efecto pueden ser alegadas y aplicadas por nuestros tribunales y demás órganos del Estado.

En cuanto al fondo del tema, la incorporación de la Convención a nuestro Derecho no parece forzar a que la interpretación que nuestra jurisprudencia ha venido haciendo hasta ahora sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros deba ser alterada sustancialmente. Nuestros tribunales vienen aplicando ya, como muchos otros Estados, la tesis de la inmunidad de jurisdicción restrictiva.

25. Queda pendiente la cuestión de si con la “entrada” de la Convención de Naciones Unidas en el Derecho español, seguiría vigente la necesidad o la conveniencia de adoptar una legislación nacional específica, como en otros países se ha hecho, de este tema. No creo que entorpezca nada el hacerlo (haberlo hecho) así, por varias razones:

A) De una parte, la Convención de Naciones Unidas no ha entrado aún en vigor y no lo hará en un plazo que no puede determinarse con precisión. Son 21 (mayo 2016) los Estados que han prestado su consentimiento a la Convención⁷⁸, necesitándose otros 9 instrumentos de prestación del consentimiento para llegar a los 30 que la Convención requiere para su entrada en vigor (artículo 30.1); llevará unos años, como poco, posiblemente. La Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de AAEE y de Cooperación, en la Memoria justificativa del Anteproyecto sometido a consulta del Consejo de Estado,

⁷⁷ La Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, *sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España* (BOE 28 de octubre de 2015) es el resultado de la evolución que partiendo del Borrador de Anteproyecto de LO de 16 de marzo de 2015, pasa por el ya *Anteproyecto de Ley Orgánica* sometido al Consejo de Ministros el viernes 10 de abril de 2015, y aprobado por éste (*Consejo de Ministros. Referencia de 10 de abril de 2015*, pp. 1-17, pp. 16-17, www.lamoncloa.hob.es; Reunión del Consejo de Ministros, *Atrevia*, 10/04/15, *Atrevia*, 10 abril 2015, www.atrevia.com). El Consejo de Estado emitió el 23 de julio de 2015 su dictamen núm. 693/2015 sobre este Anteproyecto (debe advertirse, con todo, que dada la petición por el Gobierno [acuerdo del Consejo de Ministro de 17 de julio de 2015], de una respuesta “con carácter urgente y antes del 24 de julio”, fue la Comisión Permanente del Consejo la que emitió el mismo al amparo del artículo 128 de su Reglamento adoptado por RD 1674/1980, de 18 de julio). El *Proyecto de LO* fue presentado al Congreso el 4 de agosto y se publica el 10 de agosto de 2015: Proyecto de Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con oficina o sede en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (121/000162), BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 162-1, pp. 1-20); el pleno del Congreso adopta con muy pocas enmiendas el Proyecto de LO el 1 de octubre de 2015 (BOCG. Congreso de los Diputados, 7 de octubre de 2015, núm. 162-5, pp. 1-20). Y en el Senado (*Proyecto de LO...*, 621/000160, BOCG. Senado, núm. 607, 2 octubre 2015, pp. 2-22), tras rechazarse todas las enmiendas presentadas, el Pleno de la Cámara Alta adopta sin cambio alguno, en su sesión del 15 de octubre de 2015 (por 205 votos a favor, 1 en contra y 11 abstenciones), el Proyecto de Ley Orgánica que le presentara el Congreso (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, X Legislatura, núm. 178*, 15 octubre 2015, pp. 17573, 17587-17589).

Para un comentario de los privilegios e inmunidades reconocidos en esta importantísima ley, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Director): *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido* cit. (nota 1); en particular *vid.* la contribución en este libro del Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: “Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidad”, pp. 7-40. Este libro incluye como Anexos (pp. 389-641), y amén de la LO 16/2015 misma finalmente aprobada, el texto del Proyecto de Ley enviado al Consejo de Ministros, del Anteproyecto de Ley en su versión revisada de 23 de junio de 2015 remitido al Consejo de Estado, el texto del Anteproyecto de Ley en su versión enviada el 9 de abril de 2015 al Consejo General del poder Judicial y a la Fiscalía General del estado, el Dictamen 693/2015 del Consejo de Estado de 23 de julio de 2015t, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 de mayo de 2015 y el Informe del Consejo Fiscal de 20 de mayo de 2015.

⁷⁸ De 17 Estados partes nos habla el apartado I del Preámbulo de la LO 16/2015, de 27 de noviembre. Cuatro más se han vinculado a la Convención a lo largo de 2015: Liechtenstein (22 abril), México (29 de septiembre), Iraq (2 de diciembre) y Eslovaquia (29 de diciembre (<http://treaties.un.org>) (consulta el viernes 6 de mayo de 2016).

afirmaba con mayor rotundidad que “no tiene visos de entrar en vigor”⁷⁹. La LO 16/2015, de 27 de noviembre precisa en su Preámbulo que ni:

“ha entrado aún en vigor ni es probable que lo haga en un futuro inmediato”⁸⁰.

La Convención (2005), por lo demás, no se ha publicado aún en el BOE. No había obligación jurídica de hacerlo en todo caso: como el artículo 23.1 de la *Ley 25/2014, de 27 de noviembre de tratados y otros acuerdos internacionales* determina, la publicación en el BOE de los tratados: “habrá de producirse al tiempo de la entrada en vigor del tratado o antes si se conociera fehacientemente la fecha de su entrada en vigor”⁸¹; no es el caso de la Convención de Naciones Unidas (2005), como hemos visto. Y, según su artículo 23.2, también habría de publicarse en el *BOE* “si se hubiera comunicado la aplicación provisional de un tratado o de parte del mismo”⁸²; tampoco es el caso de la Convención.

Es cierto que la Convención refleja probablemente y en buena parte Derecho Internacional consuetudinario, ya lo he apuntado; pero la aplicación por los jueces españoles de las normas consuetudinarias, aun facilitada por el texto de la Convención, siempre es más problemática que la del texto de un tratado que forme parte de nuestro Derecho⁸³.

De ahí que la existencia de un texto escrito y sistemático que la tenga en cuenta, como no puede ser de otra forma, queda a mi juicio justificado. Seamos, sin embargo, respetuosos con todo: no todos lo ven así⁸⁴.

B) De otra, la existencia de una Ley clara, plenamente acorde con las obligaciones internacionales de España, reclamada por lo demás por nuestra jurisprudencia desde hace años (STC 107/1992, de 1 de julio, *BOE* 24 de julio de 1992), puede contribuir a dar seguridad a los operadores jurídicos españoles, dado que nuestra normativa anterior y aún el propio Derecho internacional al que nuestra legislación remitía constituían, en palabras del Preámbulo (apartado II) de la LO 16/2015, una “regulación... insuficiente y fragmentada”.

4.2. Su contenido

26. Dos rasgos esencialísimos, en cuanto a la inmunidad de jurisdicción del Estado, informan la LO 16/2015: *de un lado*, y continuando claramente la situación existente en el Derecho español, al

⁷⁹ Dictamen 693/2015, de 23 de julio, cit., p. 10). Lo que al Consejo de Estado mismo parece convencerle (dictamen 693/2015, p. 35).

⁸⁰ Apartado I. “Ello tiene que ver [se ha escrito] con la polémica que arrostra el citado tratado en el que se veía un texto excesivamente conservador y difícilmente aceptable para Estados cuyas jurisdicciones confieren especial relieve a la protección de los derechos fundamentales” (J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015...” cit. [nota 1], p. 88; Id.: “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. [nota 1], p. 273). Pero, me pregunto, ¿acaso no tiene el Derecho Internacional, tantas veces, que renunciar “a lo más” (que algunos defienden) para lograr que sus normas sean también aceptadas “por los más” (que no aceptan ese “más” que algunos defienden)?

⁸¹ *BOE* de 28 de noviembre de 2014. Sobre el artículo 23.1 puede verse el comentario de Liñán Noguera, Diego J.: “Artículo 23.1 y 3. Publicación en el Boletín Oficial del estado y entrada en vigor”, en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA; J. Díez-Hochleitner; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, (Directores): *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Ley 25/2014, de 27 de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 451-473 (en particular 467 ss.).

⁸² Sobre el artículo 23.2: P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA: “Artículo 23.2. Publicación en el Boletín Oficial del estado y entrada en vigor”, en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA; J. Díez-Hochleitner; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: *Comentarios la Ley de Tratados...* cit., pp. 475-476.

⁸³ Sobre la relación entre la Convención, el Derecho internacional consuetudinario y la LO 16/2015 mantiene, si lo he entendido bien, una posición similar a la que he expuesto J. FERRER LLORET: “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades: ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho?. Una valoración provisional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2016), núm. 1, sección FORO, pp. 73-84 (p. 74).

⁸⁴ “Así las cosas, cabe plantear el porqué de la premura en dar pleno cumplimiento a este compromiso internacional aún en ciernes...” (J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015...” cit. [nota 1], p. 88); Id.: “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. (nota 1), p. 274.

menos desde principios de los ochenta del pasado siglo⁸⁵, se ha optado por la tesis de la inmunidad de jurisdicción relativa o restringida de los Estados extranjeros ante los jueces nacionales; *de otro*, la Ley Orgánica sigue, a fin de precisar cuando un Estado extranjero tiene inmunidad de jurisdicción y cuando no la tiene, el que he llamado anteriormente “sistema de lista”.

27. Los artículos 9-16 de la LO 16/2015⁸⁶ establecen “excepciones a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero”. Ocho artículos, ocho excepciones. Se exceptúan, así, de la inmunidad de jurisdicción a la que todo Estado extranjero tiene derecho ante los tribunales españoles (en las condiciones concretas que en cada uno de ellos se precisa):

- Los procesos relativos a las transacciones mercantiles (artículo 9).
- Los procesos relativos a los contratos de trabajo (artículo 10).
- Los procesos relativos a la indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes (artículo 11).
- Los procesos relativos a la determinación de derechos y obligaciones respecto de bienes (artículo 12).
- Los procesos relativos a la determinación de derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 13).
- Los procesos relativos a la participación en personas jurídicas y otras entidades de carácter colectivo (artículo 14).
- Los procesos relativos a la explotación o cargamento de buques pertenecientes a un Estado o explotados por él (artículo 15).
- Los procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral (artículo 16).

Las ocho excepciones, y por su mismo orden, de la Convención de Naciones Unidas (2005). Sí, desde luego, como en la presentación de la Propuesta de Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica y de su necesidad en el Derecho español el Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC, José Martín y Pérez de Nanclares, apuntaba en el Seminario *Inmunidades de los Estados extranjeros y la Organizaciones internacionales en España* que tuvo lugar en la Escuela Diplomática, el 26 de marzo de 2015⁸⁷, se ha cumplido el objetivo propuesto: “incorporar la Convención de Naciones Unidas en el Derecho interno de la manera más fiel posible”. Que esto es así lo creen quienes incluso parecen criticar la necesidad de afrontar una legislación nacional sobre el tema:

“El núcleo de la Ley: la inmunidad del Estado extranjero ‘a mayor gloria de la Convención de Nueva York’”⁸⁸.

⁸⁵ Sobre el Derecho español en este tema antes y después de principios de los ochenta *vid. ad ex.* A. G. CHUECA SANCHO y J. Díez-Hochleitner: “La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XL (1988), núm. 2, pp. 7-54; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas, Madrid, 1990; P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA: “El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, núm. 11 (monográfico dedicado a: “Cuestiones prácticas de derecho internacional público y cooperación jurídica internacional”), pp. 91-223.

⁸⁶ El grupo parlamentario de La Izquierda Plural (IU, ICV-EUiA-CHA) propuso enmiendas de modificación de los artículos 10 a 15 del Proyecto de LO que el Gobierno presentó al Congreso el 4 de agosto de 2015 (enmiendas 4-8, en *Enmiendas e índice de enmiendas al articulado*. BOCG. Congreso de los Diputados, 18 de septiembre de 2015, núm. 162-2, pp. 1-21, pp. 2-6). Todas ellas fueron rechazadas: 107 votos contra 180 y 19 abstenciones (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, 2015, núm. 309, p. 116).

En el Senado, el grupo parlamentario Entesa pel Progrès de Catalunya (GPEPC) propuso enmiendas a los artículos 10-15 (enmiendas núm. 3, 11-15, BOCG. Senado. X Legislatura, núm. 611, 13 octubre 2015, pp. 721-739, pp. 722, 727-731); y el grupo parlamentario socialista (GPS) enmienda al artículo 11 (enmienda núm. 23, pp. 735-736). Todas fueron rechazadas (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, X Legislatura*, núm. 178, 15 octubre 2015, pp. 17573, 17587-17589).

⁸⁷ Organizado por la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC), la Escuela Diplomática y la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio, con la colaboración de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI).

⁸⁸ La cursiva es mía (J. A. GONZÁLEZ VEGA: *Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015...*” cit. [nota 1], p. 88). En un artículo posterior, el profesor GONZÁLEZ VEGA utiliza términos menos expresivos: “el

28. En la medida en que la LO 16/2015 sigue fielmente, en cuanto a la inmunidad de jurisdicción del Estado, los pasos de la Convención de Naciones Unidas y dado que ya he hecho mención (y en concreto y fundamentalmente por esta razón, que ahora el lector comprenderá mejor) de las disposiciones al efecto de la misma, a lo expuesto *supra* me remito. Pero sí quiero no obstante apuntar algo más en dos aspectos concretos: el primero, en relación con el artículo 9 de la Ley Orgánica; el segundo, sobre su artículo 11.

A) El artículo 9 de la LO 16/2015 excluye la inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros en los procesos relativos a las transacciones mercantiles, en las condiciones que en el mismo se precisan. Como lo hace (y no veo diferencia esencial entre ambos) el artículo 10 de la Convención de Naciones Unidas (2005).

a) Y no obstante lo cual, sí podía percibirse a la postre una diferencia entre el Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica y la Convención, que proviene del concepto de transacción mercantil que aquél acogía⁸⁹. Como en el artículo 2.1. letra c de la Convención (2005), el Borrador de Anteproyecto entendía por transacción mercantil los contratos de compraventa de bienes o de prestación de servicios; los contratos de préstamo u otras transacciones de carácter financiero; y cualquier otro contrato de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obras o de servicios (con exclusión de los contratos individuales de trabajo). Pero el Borrador de Anteproyecto descartaba (eliminaba, no recogía) el párrafo 2 del artículo 2 del texto español de la Convención de Naciones Unidas (2005) que expresamente (en particular para “los otros contratos o transacciones”, los que no son de compraventa o préstamos) permite, a los fines de calificarlas o no como “mercantiles”:

- Tanto el criterio de la naturaleza del acto.
- Como el de su finalidad, si las partes en la transacción lo acuerdan o si (repárese) en la práctica del Estado parte en el contrato o la transacción tal finalidad es pertinente para determinar que la transacción no tiene carácter mercantil.

Esta situación se mantuvo en el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica sometido *al* y aprobado *por* el Consejo de Ministros el 10 de abril de 2015⁹⁰.

Parece, en consecuencia, que el Anteproyecto era más restrictivo (permitía menos inmunidad de jurisdicción a los Estados extranjeros, por decirlo con más claridad) que la Convención de Naciones Unidas (2005). No es que critique yo esta posición, pues la utilización del doble criterio (muy en particular cuando “sale de” y beneficia “al” Estado extranjero parte en la transacción) más parece una vuelta, en este punto y tema concreto, a la tesis de la inmunidad de jurisdicción absoluta que otra cosa; y sin embargo, habiéndose obligado nuestro país libre y voluntariamente a las disposiciones de ese tratado internacional, ¿no hubiese debido, pensaba yo, de haber seguido con esta posición, el Gobierno español, por coherencia, estudiar la posibilidad de formular al respecto una “declaración” en su instrumento de prestación del consentimiento al mismo?, y me preguntaba también, habida cuenta que la posición del que habría de ser (una vez el Anteproyecto se convirtiese en Ley) el Derecho español en este punto “modificaba” la situación resultante de una de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas (2005) “consentida” por España, si dicha declaración no debiera tener en concreto (de entrar en vigor ésta) la naturaleza de *reserva*. Por lo demás, y a estos efectos, es sabido que aunque la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), de la que España es parte⁹¹, apunta (artículo 2.1.d) que

propósito fundamental de la Ley es la ‘incorporación’ de la Convención de Nueva York...” (“La protección de los derechos humanos en la legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. [nota 1], p. 273).

⁸⁹ Artículo 2, letra K del mismo. Pasó a ser, en el texto del Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 10 de abril de 2015 la letra l; y, después, la letra n del artículo 2, tanto en el Proyecto de LO aprobado por el pleno del Congreso el 1 de octubre de 2015, en el que adoptó el pleno del Senado el jueves 15 de octubre, así como, finalmente, en la LO 16/2015 publicada en el *BOE*.

⁹⁰ *Supra* nota 77.

⁹¹ *BOE* de 13 de junio de 1980.

el momento procesal de formular reservas a los tratados es el de su autenticación o prestación del consentimiento, la práctica no excluye su formulación por sujetos que ya hayan prestado su consentimiento (como España a la Convención de Naciones Unidas [2005]) a un tratado)⁹².

No se hacía, por lo demás, respecto de la cuestión que planteo comentario ni sugerencia alguna en el dictamen 693/2015, de 23 de julio, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LO.

No obstante todo lo cual, el texto que finalmente se presentó al Congreso de los Diputados el 4 de agosto de 2015⁹³ ya incluye (artículo 2, letra l) el párrafo de la Convención de Naciones Unidas (artículos 2.1.c) que se omitía en el Anteproyecto, con la redacción que sigue:

“Para determinar si un contrato o transacción es una ‘transacción mercantil’, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte es uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o la transacción”

El Proyecto de Ley Orgánica adoptado por el pleno del Congreso el 1 de octubre de 2015 mantenía dicho texto (artículo 2, pasando a ser la letra n) e igualmente lo hacía el texto adoptado finalmente por el pleno del Senado el jueves 15 de octubre de 2015⁹⁴. También, claro es, la LO 16/2015 publicada en el *BOE*.

b) Con lo cual se plantea una cuestión añadida. El texto en español de la Convención de Naciones Unidas es uno de sus textos auténticos (artículo 33 de la misma); pero lo son también, además del árabe, chino y ruso, el francés y el inglés. La cuestión surge cuando se observa que la definición de transacción mercantil en el texto español no coincide (en el tema de los criterios a utilizar para definir qué son transacciones mercantiles) con las de sus textos (coincidentes por lo demás entre sí) en francés e inglés: aquél determina, como he apuntado, que se entenderá por transacción mercantil la que lo sea “por la naturaleza del acto” o “(si así lo acuerdan las partes...o si, en la práctica del Estado que es parte en uno [el contrato] u otra [la transacción] es pertinente) su finalidad”; éstos se basan también en dos criterios: la naturaleza del acto y la práctica en concreto “del Estado del foro”. Esto es, en el texto español (auténtico) se tiene en cuenta la práctica del Estado parte en la transacción (cabe entender que el Estado extranjero demandado), en los textos inglés y francés (auténticos asimismo) la práctica del Estado del foro; doctrina que ha comentado las versiones en inglés⁹⁵ y francés⁹⁶ de la Convención coinciden en que “la práctica del Estado demandado no es factor decisivo”.

España hubiese debido, cuando depositó su instrumento de adhesión a la Convención, formular una declaración interpretativa al respecto que sacara a la luz esta divergencia entre tres de los textos auténticos y propusiera una solución razonable para la misma, pero no lo hizo; contribuyendo así (dicho sea) a que el tema no fuese advertido debidamente y en tiempo útil. ¿En qué sentido España hubiera debido pronunciarse?: pienso que hubiera podido argumentarse que dándose un problema de interpretación de tratados autenticados en varias lenguas, la aplicación del artículo 33 de la Convención de

⁹² Vid. C. GUTIÉRREZ ESPADA y M^a. J. CERVELL HORTAL: *El Derecho Internacional en la Encrucijadas...* cit. (nota 72), pp. 149-150. La profesora Riquelme Cortado, que ha trabajado con rigor el tema de las reservas, ha señalado recientemente al respecto, “incluso en defecto de previsión convencional”, cómo algunos depositarios de tratados multilaterales, en particular el Secretario General de Naciones Unidas (y recuerdo yo al lector que el Secretario General de Naciones Unidas es el depositario de la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, según determina el artículo 32.1 de la misma) han llevado a cabo, con ciertas condiciones, una práctica permisiva de las *reservas tardías*; añade además, esta autora: “la CDI admite y regula esta práctica, subrayando no obstante su carácter excepcional” (R. RIQUELME CORTADO: “Artículo 21. Reservas y declaraciones”, en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA; J. Díez-Hochleitner; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Directores): *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales...* cit. (nota 81), pp. 397-427 (pp. 406-407).

⁹³ *Supra* nota 77.

⁹⁴ *Supra* nota 77.

⁹⁵ G. HAFNER y U. KOHLER: “The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of status and their Property”, *The Netherlands Yearbook of International Law*, XXXV (2004), pp. 3-49.

⁹⁶ I. PINGEL: “Observations sur la Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités des Etats et de leurs biens”, *Journal de Droit International*, 132 (2005), núm. 4, pp. 1045.1066 (pp. 1048-1049).

Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), disposición flexible y razonable⁹⁷, permitiría a España llegar a la conclusión (“se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos” [los textos auténticos que divergen], párrafo 4 del artículo 33 citado) de que la definición de transacción mercantil se basa en los criterios de naturaleza del acto y práctica del Estado del foro⁹⁸. Insisto, no se hizo.

No puede criticarse al Legislador que se base en el texto auténtico en español de la Convención para referirse a la definición de transacción mercantil; y menos aún el no haber definido el concepto utilizando sin más las versiones francesa o inglesa del mismo⁹⁹. Me pregunto, con todo, si no hubiera sido de interés encontrar una fórmula que hubiese permitido a la Ley, al definir el concepto de transacción mercantil, sacar a la luz la divergencia entre los textos español, francés e inglés y conectarla con la presentación, aprovechando su adopción, de una declaración interpretativa de nuestro Gobierno sobre este punto a la Convención¹⁰⁰.

B) El artículo 11 (que exceptuaba la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en procesos relativos a indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes) del Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica incorporaba un párrafo 2, no previsto en la Convención de Naciones Unidas (2005), en el que se llevaba a cabo una excepción de la excepción. Este párrafo, en efecto, afirmaba:

“no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos a que dicho apartado se refiere, cuando.

a) El acto u omisión de las Fuerzas Armadas se hubiera producido en el curso de un conflicto armado”

a) Repárese en que la formulación prevista no establecía matiz alguno, determinando simple y tajantemente que en el caso de daños causados a las personas o sus bienes por un Estado extranjero en el curso de un conflicto armado (lo que como es natural llevarán a cabo sus Fuerzas Armadas, esto es, por medio de *acta ex iure imperii*), el Estado podría invocar el principio de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales españoles (sin importar en su caso, parece debe entenderse, la naturaleza imperativa o no de las normas que eventualmente se incumpliesen en tales casos).

El Borrador de Anteproyecto, pues, haría explícita por decirlo así la *lex lata* imperante en el Derecho Internacional en vigor, tal y como, por ejemplo, aplicó el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de las *inmunidades jurisdiccionales* (2012), que entiende, a la postre, que el Derecho Internacional vigente permite a los Estados, aun en caso de actos *de imperio*, invocar su inmunidad de jurisdicción ante los tribunales del Estado del foro pese a que la conducta de sus fuerzas armadas en el marco de un conflicto bélico (las alemanas en Italia en la Segunda Guerra mundial) implicase la violación de normas de *ius cogens*, como las que prohíbe la comisión de crímenes internacionales.

Esto es, el Borrador de Anteproyecto lejos de manifestarse “sensible” a la tendencia que propicia reconocer una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado por *acta ex iuri imperii* cuando

⁹⁷ Que establece que en caso de no poder resolverse el problema interpretativo aplicando la regla general de interpretación del artículo 31 o la del artículo 32 (que permite tener en cuenta los trabajos preparatorios y por tanto el trámite seguido en el proceso de elaboración de la Convención, y *compris*, obvio es, en nuestro caso el proyecto de artículos de la CDI y sus comentarios sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus bienes), el intérprete “adoptará el sentido que mejor concilie esos textos” [los textos auténticos que divergen] (artículo 33.4). Sobre la interpretación de los tratados autenticados en varias lenguas vid. C. GUTIÉRREZ ESPADA y M^a. J. CERVELL HORTAL: *El Derecho internacional en la encrucijada...* cit. (nota 72), pp. 190-191; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Artículo 35. reglas de interpretación”, en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA; J. DíEZ-HOCHLEITNER; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, (Directores): *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales...* cit. (nota 81), pp. 709-744 (pp. 730-731). Ítem más, como señala la autora citada, aunque “los criterios interpretativos vinculados con el plurilingüismo están llamados a tener una menor relevancia en el proceso reinterpretación de un tratados a los efectos de su aplicación en el orden jurídico interno (...), ello no liberará al operador jurídico de aplicar los criterios de interpretación contenidos en el artículo 33...” (p. 731).

⁹⁸ Y es que, como ha apuntado Ferrer Lloret, al particular español que litigue en su caso con un Estado extranjero le resultaría más favorable que se tenga en cuenta la práctica en este punto “del Estado del foro” que la del Estado extranjero demandado; al particular español y también a los jueces españoles, claro (vid. “La Ley Orgánica 16/2015 de inmunidades...” cit. [nota 83], p. 76).

⁹⁹ Como (parece) sugiere J. FERRER LLORET: “La Ley Orgánica 16/2015 de Inmunidades...” cit. (nota 83), p. 76.

¹⁰⁰ Vid. *supra* nota 92 y el texto correspondiente a la misma.

estos supongan (en el marco de un conflicto armado o fuera de él) la violación de normas de *ius cogens*, tendencia que aparece incluso en el trámite legislativo de la LO 16/2015, con las enmiendas de diversos grupos parlamentarios al artículo 11 del ya Proyecto de Ley Orgánica presentado al Congreso de los Diputados y, seguidamente, al Senado (*vid. infra* párrafo 32), lejos, digo, de mostrarse sensible a estas propuestas el Borrador de Anteproyecto se inclinaba abiertamente por “declarar” el Derecho Internacional en vigor (lo que, por lo demás, recuérdese, no hizo la Convención de Naciones Unidas).

¿Era necesario “sobreactuar” de este modo?, ¿acaso no dejaba resuelta, en el mismo sentido del Borrador, esta cuestión ya el Derecho Internacional? ¿Resultaba preferible significarse así en vez de, simplemente, guardar silencio y a la postre subirse al tren de los que, sabiendo que el Derecho Internacional hoy es el que es en este tema, no renuncian a desear su cambio? Otros se habían decantado por una actitud más “discreta”, como algunos de los Estados que, como el nuestro, han prestado su consentimiento a la Convención de Naciones Unidas (2005) que calla sobre esta cuestión: así, Finlandia, Italia, Noruega o Suecia declararon, al depositar sus respectivos instrumentos de prestación del consentimiento, que daban por entendido que la Convención no era aplicable “a las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado”¹⁰¹. Lo que quiero decir es que estos Estados dejaban en manos del Derecho Internacional en vigor (sin afirmar, por lo demás, expresamente cual era en el momento) pero también de su posible evolución la solución del tema.

Si personalmente, y más tarde volveré sobre ello, me inclinaba por esto último, el lector entenderá por qué me parece un acierto haber eliminado el párrafo 2 del artículo 11 propuesto en el Borrador del texto del Anteproyecto de Ley Orgánica que se presenta finalmente al Consejo de Ministros y este adopta el viernes 10 de abril de 2015. Situación, ésta, que se mantuvo en el artículo 11 del Proyecto de Ley Orgánica presentado al Congreso y adoptado por el pleno del Congreso de los Diputados y, seguidamente, por el Senado en octubre de 2015¹⁰². Naturalmente, en la LO 16/2015, de 27 de noviembre, dicho párrafo tampoco figura.

b) Doctrinalmente, se ha considerado un error que el artículo 11 de la LO 16/2015 no haya incluido finalmente el párrafo al que me he referido en la letra a) *supra*, esto es, que no se haya reconocido expresamente que en el caso de daños causados en territorio del Estado del foro en un conflicto armado, el Estado extranjero sí pueden valerse de la inmunidad de jurisdicción¹⁰³.

Esta posición, repárese, se apoya en la realidad del Derecho internacional vigente y excluye la tendencia en curso a no aceptar la inmunidad de jurisdicción del Estado en casos (de conflicto armado o sin él, en el territorio del Estado del foro o fuera de él) en que se violasen normas imperativas del Derecho internacional.

Esta posición, se basa en el riesgo para la seguridad jurídica que supone no advertir de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en caso de daños causados en un conflicto armado (en el territorio del Estado del foro o no).

Y es que esta posición, en fin, parece sugerir que el texto del artículo 11 de la LO 16/2015, que no reconoce la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros por daños a las personas o los bienes cometidos en el territorio del Estado del foro, defiende (en ausencia de la excepción a la excepción que no se recogió finalmente) la idea de que un Estado extranjero no podría alegar el principio de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales españoles por los daños causados en un conflicto armado en el territorio del Estado del foro. Y ello (lo que sería correcto) rompe clara y contundentemente con el Derecho internacional en vigor lo que provocaría problemas y conflictos en las relaciones con otros Estados. Por eso se consideraba necesario recoger expresamente la excepción par evitar problemas con el Derecho internacional.

¹⁰¹ En la presentación ante la Sexta Comisión del Informe Final del Comité Especial (la Asamblea General había reconvertido el Grupo de Trabajo creado por la CDI en Comité Especial [A/RES/55/150, 12 de diciembre de 2000]), su presidente, el Sr. Hafner, dejó claro que en las negociaciones todos estaban en el sobrentendido de que las inmunidades en supuestos de actividades militares no formaban parte de la Convención (Sexta Comisión, Acta de la 13ª sesión [A/C.6/59/SR.13, p. 6, párrafo 36]).

¹⁰² *Supra* nota 77.

¹⁰³ El profesor FERRER se refiere (*lapsus calami* probablemente) a su artículo 12. *Vid.* su argumentación completa en J. FERRER LLORET: “La Ley Orgánica 16/2015 de inmunidades...” cit. (nota 83), pp. 77-79.

A mi juicio, ese temor es infundado. El artículo 11 de la LO 16/2015 se inspira fielmente (como en las demás excepciones a la inmunidad de jurisdicción) en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas (2005). Y en ésta (en concreto con particular referencia a su artículo 12) quedó perfectamente claro, como a lo largo de su proceso “legislativo” se ha puesto de manifiesto, que su texto no es aplicable al caso de los conflictos armados (ni dentro ni fuera del territorio del Estado del foro). Ergo, el artículo 11 de la LO 16/2015 (que no incluye ya la excepción de la excepción a la que aludía antes) no está negando la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros que en el marco de un conflicto armado causasen daños a personas o bienes en el territorio del Estado del foro.

4.3. Del “absolutismo” de la concepción restringida o relativa sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (...)

29. Cuando un 17 de enero de 2005 se abre a la firma la Convención de Naciones Unidas, ya estaba presente, en la doctrina y en la práctica internacionales, una tendencia que atacaba el “absolutismo” de la concepción restrictiva de la inmunidad de jurisdicción¹⁰⁴, según la cual la inmunidad de jurisdicción del Estado sólo cedía en los casos en los que éste obra como un particular (*acta ex iure gestionis*), pero no (de ahí lo de “absolutismo”) cuando lo hacía como Estado, como ente dotado de *imperium* (*acta ex iure imperii*). Esa tendencia defendía que cuando un Estado, como tal, actuando *ex iure imperii*, cometiese violaciones graves de normas imperativas del Derecho Internacional, como las que prohíben la tortura, el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad o la violación sistemática, generalizada, masiva, de los derechos humanos, no podía ampararse en la inmunidad de jurisdicción¹⁰⁵.

Si se leen con atención sus obras, los defensores de esta tendencia recurren, se advierte, a dos argumentos distintos:

- Algunos autores entienden que pese a la naturaleza pública del comportamiento del Estado (pese, dicho en román paladino, a tratarse de actos *ex iure imperii*), la responsabilidad civil derivada de estos crímenes puede serle exigida, pues en la medida que el Derecho Internacional contemporáneo exige la represión de conductas tan viles, resulta obligado “desactivar”¹⁰⁶ toda posible inmunidad.
- Otros señalan¹⁰⁷ que entre las funciones de un Estado no está cometer crímenes internacionales, como torturar o secuestrar civiles...; de ahí que estas conductas no puedan calificarse

¹⁰⁴ Vid. ad ex. A. CASSESE: *International Law* cit. (nota 18), pp. 105-108; C. ESPÓSITO MASSICCI: “Sobre la emergencia de una excepción a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante las violaciones graves de derechos humanos”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2007*, Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 207-223; Id.: *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Thomson-Cívitas y Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 229-265; Id.: “El *ius cogens* y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia”, en S. TORRES BERNÁRDEZ; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS; C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ; J. QUEL LÓPEZ; A. G. LÓPEZ MARTÍN, (coords.): *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del s. XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 333-348.

¹⁰⁵ Vid. Al respecto, J.F. FLAUSS: “Droit des immunités et protection internationale des droits de l’homme” *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 10, nº 3, 2000, pp. 299-324; KAPLAN, L.M.: “State immunity, human rights and *ius cogens*: A critique of the normative hierarchy theory”, *American Journal of International Law*, 2003, pp. 741-781; THOMAS, K.R. y SMALL, J.: “Human rights and State immunity: Is there immunity from civil liability for torture”, *Netherlands International Law Review*, 2003, pp. 1-30; F. POIRAT: “Les immunités des sujets du Droit International (États wet organisations internationales)”, J. VERHOEVEN (Dir.), *Le Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Paris-Bruselas, LGDP-Lercier, 2004, pp. 11-60 (pp. 51-60); C. ESPÓSITO MASSICCI. *Inmunidad del Estado y derechos humanos* cit. (nota 104), pp. 229 ss.; C. FOCARELLI: “Immunité des états et *ius cogens*. La dynamique du Droit International et la fonction du *ius cogens* dans le processus de changement de la règle sur l’immunité juridictionnelle des États étrangers”, *Révue Générale de Droit International Public*, vol. 112, nº 4, 2008, pp. 761-795; Id.: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 905-909; J. FINKE: “Sovereign immunity: rule, comity or something else?” cit. (nota 65), pp. 853-881 (pp. 853-857, 861 ss., 866 ss., 880-881).

¹⁰⁶ El término es de A. L. CALVO CARAVACA: “La inmunidad de jurisdicción y de ejecución...” cit. (nota 3), p. 653.

¹⁰⁷ Vid. ad ex. A. BIANCHI: “Immunity versus human rights: The Pinochet case”, *European Journal of International Law*, 10 (1999), núm. 2, pp. 237-277; I. WUERTH: “Pinochet’s legacy reassessed”, *The American Journal of International Law*, 106 (2012), núm. 4, pp. 731-768.

de actos de imperio o de gestión, constituyendo un *tertium genus* de actos que no se hallan cubiertos por el principio de inmunidad de jurisdicción.

30. Esto ya se sabía, insisto, cuando la Convención de Naciones Unidas se adoptó (2004) y se abrió a la firma (2005). Pese a ser aprobada por la Asamblea General en diciembre de 2004 y abierta a la firma a principios de 2005, en fechas pues en las que los debates anteriormente apuntados estaban en pleno apogeo, quienes la redactaron no quisieron saber nada del tema. Lo cual, si bien se mira, es también una respuesta. Los intentos, que se hicieron, para que la Comisión de Derecho Internacional y luego la Sexta Comisión se pronunciasen sobre el tema fueron inútiles: la CDI, en la segunda fase de los trabajos preparatorios, creó un grupo de trabajo bajo la presidencia de Gerhard Hafner, confiándose la relatoría al Sr. Yusei Yamada; el grupo elaboró un informe en el que decidió incluir un apéndice por el que se hacía saber a la Sexta Comisión la existencia de una práctica incipiente que veía en los violación de normas de *ius cogens* por actos de Estado una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción; en él se recogía, por ejemplo, la enmienda en 1996, revisado en 2008, por los Estados Unidos de América de su *Foreign Sovereign Immunity Act* (1976) para incluir en ella una nueva excepción a la inmunidad de los Estados extranjeros, que se refería a los supuestos en que “se demandan indemnizaciones pecuniarias a un Estado extranjero por daños corporales o muerte causados en un acto de tortura, ejecuciones extrajudiciales, sabotaje aéreo, toma de rehenes...”¹⁰⁸ o se citaba el asunto Pinochet ante la Cámara de los Lores británica (...) ¹⁰⁹; concluyendo el Informe afirmando que dichos desarrollos “no deberían ser ignorados”. Pero la Sexta Comisión no lo tuvo en cuenta¹¹⁰.

Parece razonable entender que entonces (1999) los Estados consideraron que la tendencia de la que se les informaba acerca de la emergencia de una nueva excepción a la inmunidad de los Estados (la que la doctrina italiana llama una “*eccezione umanitaria*” a la obligación de reconocer la inmunidad en el caso en el que el Estado extranjero sea acusado de graves violaciones de los derechos humanos)¹¹¹ era solo eso entonces, una tendencia. Algunos de los Estados que hasta el momento han prestado su consentimiento a la Convención han declarado expresamente entender que ésta no regula el tema de la relación entre inmunidad de jurisdicción y derechos fundamentales y que, por tanto, habrá que estar en su caso a la evolución que el mismo pueda tener en el futuro¹¹².

¹⁰⁸ 28 U.S.C. parágrafo 1605A, <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605A> (consulta del lunes 23 de mayo de 2016). Sobre una aplicación reciente de la excepción (sentencia del TS de los Estados Unidos de 20 de abril de 2016, en el asunto *Bank Markazi, aka The Central Bank of Iran, Petitioner v. Deborah Peterson et al.*), muy crítica con la práctica de los Estados Unidos generada por ella, *vid. V. GRANDAUBERT: Is there a place for sovereign immunity in the fight against terrorism? The US Supreme Court says 'no' in Bank Markazi v. Peterson*, may 19 2016, Blog of the European Journal of International Law (EJIL: Talk!), www.ejiltalk.org.

¹⁰⁹ “Informe de la CDI (...), anexo: Informe del grupo de trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”, *Anuario de la CDI*, 1999, vol. II, Segunda Parte cit. (nota 59), pp. 158 ss. (pp. 181-182, párrafos 9-12 del Apéndice al Informe del Grupo).

¹¹⁰ Convention on jurisdictional immunities of States and their property. Report of the Chairman of the Working Group *Chairman*: Mr. Gerhard Hafner (Austria), doc.: A/C.6/54/L.12, 12 noviembre 1999, pp. 1-10 (p. 7, párrafos 46-48).

¹¹¹ C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), p. 893.

¹¹² Casos de *Finlandia* (“la Convención es sin perjuicio de cualquier futuro desarrollo jurídico relativo a la protección de los derechos humanos”), *Noruega* (“para Noruega, la Convención se entiende sin perjuicio de cualquier hecho nuevo que se produzca en la escena internacional en materia de protección de los derechos humanos”), *Suecia* (“Suecia declara que para ella, la Convención debe entenderse sin perjuicio de cualquier hecho nuevo que se produzca en la escena internacional en materia de protección de los derechos humanos”), *Suiza* (“Suiza considera que el artículo 12 no regula la cuestión de las acciones de reparación pecuniaria por violaciones graves de los derechos humanos atribuibles presuntamente a un Estado y cometidas fuera del Estado del foro. En consecuencia, esta convención no prejuzga los desarrollos del Derecho internacional en este ámbito). También Italia (a la postre) viene a declarar los mismo (“al depositar el presente instrumento de ratificación, al República italiana desea señalar que Italia entiende que la Convención deberá ser interpretada y aplicada de acuerdo con los principios de Derecho internacional y en particular los principios relativos a la protección de los derechos humanos frente a violaciones graves” (<http://treaties.un.org/pdf>).

31. Sí, parece razonable entender que los Estados consideraron que la tendencia que se daba en la práctica (emergencia de una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado) era sólo eso, una tendencia, una manifestación en embrión *de lege ferenda*.

Bueno, así era de acuerdo con jurisprudencia internacional relevante de la época¹¹³. Tanto en el asunto *Al Adsani* (sentencia de 21 de noviembre de 2001) como en el asunto *Kalogeropoulos y otros* (sentencia de 12 de diciembre de 2002), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lo dejó claramente sentado¹¹⁴; también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Lechouritou* (sentencia de 15 de febrero de 2007). Afirmaba el TEDH en el asunto *Kalogeropoulos*:

“El Tribunal no considera establecido que esté ya admitido en Derecho Internacional que los Estados no puedan pretender gozar de inmunidad en caso de acciones civiles por daños-intereses por crímenes contra la humanidad que se presenten en el territorio de otro Estado (...)”¹¹⁵.

Bueno, y así, aún, parece seguir siendo a tenor de posteriores manifestaciones doctrinales y jurisprudenciales:

- Tal es el caso, en el primer supuesto, de la resolución del Instituto de Derecho Internacional (IDI), e su sesión de Nápoles (2009), sobre la *inmunidad de jurisdicción de los Estados y de sus representantes por crímenes internacionales*¹¹⁶.
- Y por supuesto tal es el caso, respecto del segundo, de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), de 3 de febrero de 2012, en el asunto sobre las *inmunidades jurisdiccionales (Alemania c. Italia, con intervención de Grecia)*¹¹⁷: en él, la Corte en una argumentación tan “adjetiva” como irritante que se basa en la distinta naturaleza jurídica de las normas en presencia (“procesal” la relativa a la inmunidad de jurisdicción y “sustantiva” las normas de *ius cogens* que prohíben los crímenes internacionales), considera que aún perpetrada por un Estado actuando como tal la violación de esas normas sustantivas, la inmunidad de jurisdicción le ampara¹¹⁸.

Esta decisión, se ha interpretado, “cierra el debate a favor de la operatividad de esta inmunidad de jurisdicción”¹¹⁹.

32. Es de interés advertir que en la tramitación parlamentaria de la LO 16/2015, de 27 de noviembre, una enmienda del grupo parlamentario socialista al Proyecto de Lo presentado en agosto ante el Congreso de los Diputados, proponía añadir un párrafo 2 al artículo 11 del siguiente tenor:

“2. Un Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria por muerte o lesiones sufridas por una persona o por daño o pérdida de bienes causados por un acto u omisión presun-

¹¹³ Vid. *ad ex.* C. GUTIÉRREZ ESPADA: “La adhesión española...” cit. (nota 47), pp. 165-169 (párrafos 31-34).

¹¹⁴ Vid. C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 908-909.

¹¹⁵ Decisión de Admisibilidad, de 12 de diciembre de 2002, en el asunto *Kalogeropoulos y otros c. Grecia y Alemania*.

¹¹⁶ Artículo 4 (el dedicado a la inmunidad de los Estados): “En un asunto civil en el que se plantee el crimen internacional cometido por el representante de un Estado, las disposiciones precedentes [referidas a la responsabilidad de esos individuos] no prejuzgan la existencia y las condiciones de aplicación de la inmunidad de jurisdicción que ese Estado puede, dado el caso, invocar ante los tribunales de otro Estado” (http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2009_naples_01_fr.pdf).

¹¹⁷ Sobre la misma *vid. ad ex.*: Ferrer Lloret, J.: “La insoportable levedad del Derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la CIJ: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 24 (2012), pp. 1-36; M^a. A. CEBRIÁN SALVAT: “Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio. Inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5 (2013), núm. 2, pp. 265-290; C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 911-913.

¹¹⁸ “La Corte concluye, en consecuencia, que aun de admitir que las acciones intentadas ante las jurisdicciones italianas se referían a violaciones del *ius cogens*, la aplicación del Derecho Internacional consuetudinario relativo a la inmunidad de los Estados no se vería afectada” (Sentencia de 3 de febrero de 2012, párrafos 92-97 y párrafo 139).

¹¹⁹ A. L. CALVO CARAVACA: “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución” cit. (nota 3), p. 653.

tamente atribuible a dicho Estado, cuando los mismos sean consecuencia de actos constitutivos de graves violaciones de las normas de ‘ius cogens’”.

Fue rechazada¹²⁰

Aprobado por el Congreso el Proyecto de LO y presentado al Senado, el grupo parlamentario socialista presentó de nuevo en este la enmienda referida; también lo hizo y en idénticos términos el grupo parlamentario Entesa pel Progrès de Catalunya. Fueron igualmente rechazadas¹²¹.

33. Por más que personalmente desee un cambio, no creo deban cerrarse los ojos a la realidad. ¿El gesto de unirse ya al intento de forzar el cambio y establecer una norma que hoy por hoy no es conforme al Derecho Internacional, con los problemas consiguientes que en las relaciones con otros Estados pudieran originarse, resulta mejor para los intereses de España como Estado soberano que el esperar a que el Derecho Internacional evolucione en este punto?

Yo no estoy seguro¹²². Y entiendo la “prudencia” del Legislador, al aceptar, con su silencio, que no hay en este punto (en el Derecho Internacional en vigor) una nueva excepción al principio de inmunidad de jurisdicción del Estado cuando, como tal, se comportara, pero sin descartar que la evolución de dicho Ordenamiento jurídico pueda en su día contenerla. Insisto, aprobar ya una ley contraria en este punto al Derecho Internacional en vigor para intentar contribuir a la ruptura del Derecho Internacional vigente y que este cambie, sin poder asegurar que esto vaya a suceder en un tiempo razonable, no me parece desde el punto de vista del Estado alternativa mejor, aunque personalmente desee que el Derecho internacional evolucione en este punto¹²³. Se ha considerado “lamentable” una solución legislativa como la adoptada, particularmente, se dice, “en tiempos líquidos”¹²⁴. Yo no estoy seguro que los tiempos sean “tan líquidos” como se pretende (“semisólidos” quizás)¹²⁵ y las circunstancias de la adopción (aprovechando la ausencia de determinados miembros contrarios a ignorar sin más el Derecho Internacional en vigor) por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Tallín (2015) de un (por lo demás simplemente “desiderativo”) artículo 5 (*vid. infra* párrafo 37 *in fine*) y la ley italiana 162, de 10 de noviembre de 2014, en su intento de bloquear los efectos de la sentencia 238/2014 del TC italiano (*infra* párrafo 36), contribuyen a demostrarlo; y por ello sentar ya una norma denegatoria de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros “extraída” de unos desarrollos que la misma doctrina que critica la LO 16/2015 adoptada en este punto reconoce como “bien que incipientes”¹²⁶ y que no pueden ignorar

¹²⁰ La enmienda núm. 17, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, *BOCG. Congreso de los Diputados*, 18 septiembre 2015, núm. 162-2, pp. 1-21, p. 11. Se rechazó, con otras, por 107 votos a favor, 180 en contra y 19 abstenciones (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, 2015, núm. 309, p. 116).

¹²¹ Respectivamente, enmiendas núm. 23 y 3 (*BOCG. Senado. X Legislatura*, núm. 611, 13 octubre 2015, pp. 736 y 722). La enmienda núm. 23 (socialista) fué rechazada por 86 votos a favor, 132 en contra y 1 abstención y la núm. 3 (Entesa) por 85, 134, 1 abstención (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado*, núm. 178, 15 octubre 2015, pp. 17588-17589).

¹²² Se ha escrito entre nosotros recientemente que la opción de la LO 16/2015 en este punto ha cerrado la posibilidad de eventuales acciones de los causahabientes de las víctimas de los bombardeos de Guernica o Cangas de Onís por la Legión Cóndor (de la *Wehrmacht*) (J. A. GONZÁLEZ VEGA: “la protección de los derechos humanos en la legislación española en materia de Derecho Internacional...” cit. [nota 1], p. 276). De la *Wehrmacht*...; ¿asumimos, pues, el riesgo de otro asunto (Alemania v. España) sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia?, de una eventual respuesta de nuestro Tribunal Constitucional...?; ¿es eso?

También FERRER LLORET (al que el profesor de Oviedo cita en apoyo de su tesis) se refiere al bombardeo de Guernica en 1937, pero me da la impresión que no exactamente en el sentido manifestado por Javier González Vega (*vid. J. FERRER LLORET: “La LO 16/2015 sobre inmunidades...” cit. [nota 83], p. 78 y nota 11 de la misma*).

¹²³ O, en palabras de JAUME FERRER, que suscribo: “En todo caso, en vez de asumir los riesgos que podría suponer para España protagonizar una postura unilateral a través de su legislación interna (...); los desarrollos progresivos del Derecho internacional en este tema se deben propugnar desde la estructura institucional, en el ámbito de las Organizaciones internacionales de las que España es miembro y por la vía de la celebración de los correspondiente instrumentos convencionales” (J. FERRER LLORET: “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades...” cit. [nota 83], p. 79).

¹²⁴ J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la LO 16/2015...” cit. (nota 1), pp. 89, 96; “decepcionante”, en un artículo posterior (“La protección de los derechos humanos en la legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. [nota 1], p. 276).

¹²⁵ Aceptaría también incluso la fórmula del profesor González Vega: “en un contexto... dinámico y fluido” (“La protección de los derechos humanos en la legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. [nota 1], p. 280).

¹²⁶ J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la LO 16/2015...” cit., p. 87; y en “La

la existencia de un Derecho internacional consuetudinario que hoy por hoy no es dudoso, me parece hubiera sido, desde el punto de vista del Legislador, arriesgado¹²⁷.

Así lo ha entendido también el Consejo de Estado, al no avalar la propuesta del Consejo General del Poder Judicial respecto del artículo 11 del Anteproyecto, de incluir una clara disposición que negara la inmunidad a los Estados extranjeros en casos de violación de normas de *ius cogens*¹²⁸.

4.4. (...) A la espera de una razonable evolución del Derecho Internacional en este tema

34. En suma, el Legislador español es prudente, no intenta “romper” el *statu quo* del Derecho Internacional vigente en este punto. Porque éste, sí (TIDH, TJ de la Unión Europea, TIJ *dixit*) no contempla hoy por hoy esta nueva y emergente excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado por actos soberanos¹²⁹.

protección de los derechos humanos en la legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. [nota 1], p. 273 (“de desarrollo en ciernes” se escribe en la p. 276).

¹²⁷ En este mismo sentido, aunque con referencia al problema en general de la llamada por la doctrina italiana “eccezione umanitaria”, también C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 910-911.

¹²⁸ Dictamen 693/2015, de 23 de julio, cit., pp. 36-38. Sin embargo (aunque no sea tema de este Estudio), el Consejo de Estado sí propuso al Gobierno que ponderase la sugerencia hecha por el Consejo General del Poder Judicial “de introducir nominalmente determinadas excepciones a la regla de la inmunidad de jurisdicción penal *ratione materiae* prevista en el artículo 23.1 del anteproyecto, en caso de graves crímenes internacionales” (se refiere a las inmunidades de Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores) (dictamen 693/2015, pp. 47-48). No es mi tema y no debo entrar en él, pero sí creo debo decir al menos que el artículo 23.1 del Proyecto de LO que finalmente el Gobierno presentó el 4 de agosto de 2015 al Congreso excluía de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, Presidentes del Gobierno y Ministros de AAEE que ya no lo son por actos oficiales realizados durante su mandato, “los crímenes de genocidio, desaparición forzada, guerra y lesa humanidad”. Igualmente, en el texto aprobado por el pleno del Congreso el 1 de octubre de 2015; una enmienda socialista proponiendo ampliar la exclusión de la inmunidad de jurisdicción a los crímenes de “terrorismo y corrupción en los términos del artículo 23 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial” fue rechazada por 107 votos contra 180 y 19 abstenciones (BOGC. Congreso de los Diputados, 18 septiembre 2015, núm. 162-2, p. 12; y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 2015, núm. 309, p. 116). El grupo socialista presentó de nuevo esta enmienda en el Senado (enmienda núm. 24, BOCG. Senado. X Legislatura, núm. 611, 13 octubre 2015, p. 736), que asimismo de nuevo fue rechazada por 84 votos a favor y 133 en contra (Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 178, 15 octubre 2015, p. 17588).

¹²⁹ Si las normas imperativas son de rango superior y sólo pueden ceder ante otras posteriores del mismo carácter, ¿sería consecuente afirmar que la inmunidad soberana habría encontrado un límite en ellas? *A priori*, la única respuesta lógica debiera ser la afirmativa y, sin embargo, los tribunales no siempre lo han defendido, como lo prueban algunas sentencias del TJ de la Unión Europea (*asunto Lechouritou*) (s. de 15 de febrero de 2007, C-292/05; al respecto, M. REQUEJO ISIDRO: “Las instituciones comunitarias ante las reclamaciones civiles por violaciones graves de derechos humanos frente al Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LIX [2007], núm. 1, pp. 153-174, pp. 155 y ss.; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS: “Inmunidades jurisdiccionales de los Estados, normas comunitarias y derechos humanos”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, XI/XII, 2007/2008, pp. 27-54) y, sobre todo, el TEDH en el *asunto Al-Adsani* (*Asunto Al-Adsani v. UK*, 21 de noviembre de 2001, nº 35763/97, 2001-XII; sobre la sentencia, que contó con las opiniones disidentes de varios jueces: A. SÁNCHEZ LEGIDO: “*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el TEDH”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LIII [2001], nº 1 y 2, pp. 313-330; H. TIGRUDIA: “La Cour européenne des droits de l’homme et les immunités juridictionnelles d’Etats: observations sous les arrêts McEhinney, Fogarty et Al-Adsani contr Royaume-Uni de 21 novembre 2001”, *Révue Belge de Droit International*, 34 [2001], núm. 2, 2001, pp. 526-548; V. BOU FRANCH: “Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de *ius cogens*: el asunto Al-Adsani contra Reino Unido”, *Anuario de Derecho Internacional* [hoy *Anuario Español de Derecho Internacional*], 18 [2002], pp. 279-303; E. BATES: “The Al-Adasni case, state immunity and the International Legal Prohibition on Torture”, *Human Rights Law Review*, 2 [2003], núm. 2, pp. 193-224), asunto en el que, pese a reconocer el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura entendió (por 9 votos contra 8) que no apreciaba: “en los instrumentos internacionales, las decisiones judiciales o los otros documentos en su poder ningún elemento sólido que le permita sostener que en materia de Derecho Internacional un Estado ya no goza de inmunidad frente a una acción civil ante los jueces y tribunales de otro Estado ante los que se formulen alegaciones de tortura” (párrafo 61 de la sentencia).

La práctica de los Estados no ha hecho sino aumentar la confusión en torno a la cuestión: sobre la misma *vid.* C. GUTIÉRREZ ESPADA: “La adhesión española (2011) a la Convención de Naciones Unidas...” cit. (nota 47), párrafo 32. *Vid ad ex.* la crítica, a la luz del Derecho internacional en vigor, que se ha hecho de la sentencia (y de la práctica que ha generado) del TS de los Estados Unidos de 20 de abril de 2016, que aplica una excepción a la inmunidad en casos de terrorismo con base en la enmienda de 1996, revisado en 2008, de los Estados Unidos a su ley de 1976 sobre la Inmunidad en V. GRANDAUBERT: *Is there a place for sovereign immunity...?*” cit. (nota 108 *supra*).

En definitiva, la inmunidad de jurisdicción permanece, pese a los avances que la defensa de la dignidad del ser humano ha logrado en otras esferas del Derecho internacional. A la vista de la jurisprudencia que emana de diferentes tribunales nacionales,

35. Doctrinalmente, se ha propuesto, en aplicación precisamente del Derecho Internacional en vigor, que los jueces de un Estado podrían denegar la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero cuyos órganos hubiesen cometido violaciones graves de los derechos humanos o atentado contra el Derecho internacional imperativo como una contramedida contra el hecho ilícito previo cometido por aquél (una contramedida “judicial”)¹³⁰.

En mi opinión la regulación de las contramedidas como una causa de exclusión de la ilicitud en el Derecho internacional de la Responsabilidad vigente resulta difícil de aplicarse en el marco de los parámetros de la propuesta¹³¹.

Una tesis que desemboca, entiendo, en el mismo desenlace, con referencia en concreto a la inmunidad de ejecución y a la luz de la reciente sentencia del TS de los Estados Unidos en el asunto *Bank Markezi v. Peterson* (2016), que ya he citado, se ha defendido doctrinalmente¹³²

36. Pero como Galileo a sus inquisidores, podría yo decir ahora *eppur si muove* (...). No, no parece que la sentencia del TIJ (2012) haya cerrado definitivamente, enterrado, el debate.

El TC italiano, con ponencia del entonces su Presidente, el internacionalista Giuseppe Tesaurò, en su sentencia 238/2014, de 22 de octubre¹³³:

resulta difícil concluir que la inmunidad de jurisdicción debe en virtud del Derecho Internacional vigente retroceder ante las violaciones graves de Derechos humanos. Mientras, continúan las propuestas para vencer este tipo de escollos: la creación de una Corte Internacional de Derechos Humanos en la que no jugaría la inmunidad de jurisdicción del Estado, la aprobación de un protocolo a la Convención de Naciones Unidas (2005) en el que en caso de violaciones graves de los derechos fundamentales del ser humano se previese una excepción a la inmunidad estatal (C. ESPÓSITO MASSICCI: *Inmunidad del Estado y derechos humanos* cit. [nota 104], pp. 262, 263) o la de un Protocolo, en el caso de los Estados europeos, al CEDH (1950) (al respecto, J. FERRER LLORET: “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LIX [2007], núm. 1, pp. 29-63, p. 59), pero son todas propuestas de *lege ferenda*.

A buen seguro, escribía yo en 2011 (C. GUTIÉRREZ ESPADA: “La adhesión española [2011] a la Convención de Naciones Unidas...” cit. [nota 47], párrafo 32), antes de que eso ocurra la CIJ arrojará un poco de luz sobre la cuestión. El 23 de diciembre de 2008 Alemania demandaba a Italia por violaciones reiteradas de su inmunidad jurisdiccional. Sí, sin duda la arrojó, aunque no en el sentido que muchos esperaban.

¹³⁰ *Vid.* sobre este punto P. TARRE MOSER: “Non-recognition of State immunity as a judicial countermeasure to ius cogens violations: the human rights answer to the ICJ decision on the *Ferrini Case*”, *Göttingen Journal of International Law*, 4 (2012), núm. 3, pp. 809-852; S. VEZZANI: “Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contramesura”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 97 (2014), núm. 1, pp. 36-87; C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 917-918.

¹³¹ Sobre las contramedidas y su regulación jurídico-internacional hoy *vid.* C. GUTIÉRREZ ESPADA: “Las contramedidas de Estados “terceros” por violación de ciertas obligaciones internacionales”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XI (2001-2002), pp. 15-49; *Id.*: *El hecho ilícito internacional*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 128-142; *Id.*: *La responsabilidad internacional (consecuencias del hecho ilícito)*. Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2005, pp. 164-218; *Id.*: “La aplicación o ejecución forzosa del Derecho Internacional”, *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Volumen II*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 569-606; *Id.*: *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales a la luz del Proyecto definitivo de artículos de la CDI (2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 82-83, 177-206; *Id.*: “Función y límites de las represalias (o contramedidas) en el Derecho internacional contemporáneo”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje a Alberto Montoso Ballesteros*, Universidad de Murcia (EDINUM-Munera), 2013, pp. 555-575.

También C. GUTIÉRREZ ESPADA y M^a. J. CERVELL HORTAL: *El Derecho Internacional en la encrucijada...* cit. (nota 72), pp. 536, 582-596; C. GUTIÉRREZ ESPADA y R. BERMEJO GARCÍA: “La responsabilidad patrimonial de los Estados en Derecho internacional” (coautor con R. Bermejo García), en TOMÁS QUINTANA LÓPEZ (director) y ANABELÉN CASARES MARCOS (coordinadora), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomos I y II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, tomo I, pp. 365-479 (pp. 444-460).

¹³² “Under international law, to set aside immunity from execution, without prejudice to the protection of diplomatic or consular properties, a State can only resort to a countermeasure as defined the 2001 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (...). Assuming that the US really was an injured State and could act in this way [se refiere a considerar no protegidos por la inmunidad de ejecución todos los activos en Estados Unidos del Banco Central de Irán], its distribution of frozen assets would clearly infringe the law of countermeasures by preventing the reversibility of the measure” (GRANDAUBERT, V.: *Is there a place for sovereign immunity...?* cit. [*supra* nota 108]).

¹³³ Corte Constitucional, sentencia 238/2014, 22 octubre 2014. *Vid ad ex.* sobre la misma (tanto a favor como más críticamente), C. SMURAGLIA: “Si puo fare giustizia per le stragi nazifasciste”, en www.antonioipizzinato.it, 24 octubre 2014; L. GRADONI: “Corte Costituzionale italiana e Corte Internazionale di Giustizia in rotta di collisione sull’immunità dello Stato straniero dalle giurisdizione civile”, 27 octubre 2014, www.sidi-isil.org/sidiblog2p=1101 (consulta de 24 de marzo de 2015); C. ZANGHÌ: “Une nouvelle limitation à l’immunité de juridiction des Etats dans l’arrêt 238 de 2014 dela Cour Constitutionnelle italienne?”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, núm. 4, 2014; B. CONFORTI: “la Cour Constitutionnelle italienne et les

- Declara inconstitucional el artículo 3 de la ley italiana de 14 de enero de 2013 (de adhesión a la Convención de Naciones Unidas), que ordena a los jueces italianos (para adecuarse a la sentencia del TIJ de 3 de febrero de 2012) declinar su propia jurisdicción en las causas civiles de resarcimiento de daños por crímenes contra la humanidad cometidos *iure imperii* por un Estado extranjero en territorio italiano, sin haber previsto fórmula alguna alternativa de reparación judicial de los derechos fundamentales violados, por quebrantar el principio de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales que garantiza los artículos 2 y 24 de la Constitución italiana.
- E, incluso, declara inconstitucional también el artículo 1 de la ley de 17 de agosto de 1957 (sobre la Carta de Naciones Unidas y su recepción en el Derecho italiano) limitado a la ejecución del artículo 94 de la Carta exclusivamente en la parte que obliga al juez italiano (el artículo 3 de la ley de 2013 anteriormente aludida se refería a dicho artículo de la Carta) a negar su propia jurisdicción respecto de un acto de un Estado extranjero consistente en crímenes de guerra o contra la humanidad, por lesionar los derechos inviolables de la persona que la Constitución italiana protege¹³⁴.

Bien es verdad que su decisión no será fácil de aplicar. El Parlamento italiano aprobó el 10 de noviembre de 2014 la ley núm. 162¹³⁵, cuyo artículo 19 *bis* ha sido interpretado por la doctrina como un intento de discutir (*rimettere in discussione*) y a la postre bloquear los efectos que podrían derivarse de la aplicación de la sentencia 238/214¹³⁶.

37. Si el Legislador no, quizás el Juez lo haga, a admitir me refiero una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado, incluso cuando éste actúa como tal, como Estado soberano. ¿No es, acaso, el principio mismo de inmunidad de jurisdicción una criatura del Juez?

Sí, el Derecho vigente puede cambiar. Y a juicio al menos de quien les habla debería hacerlo. Porque no es razonable que “la falta de coherencia estructural”¹³⁷ del Derecho internacional en cuanto a estos dos sectores del ordenamiento (la inmunidad de jurisdicción del Estado y la protección de los derechos del ser humanos) repercuta en los seres humanos, como hoy lo hace. Sí, el Derecho vigente puede cambiar, insisto:

- Como el TEDH reconoció en el asunto *Kalogeropoulos y otros* (2002), cuando tras declarar que la *lex lata* permitía al Estado ampararse en el principio de inmunidad de jurisdicción por sus actos *ex iure imperii* y pese a que estos perpetrasen crímenes internacionales reconocidos, al afirmar:

“lo que no excluye un desarrollo del Derecho internacional consuetudinario en el futuro”.

- O como Finlandia, Italia, Noruega, Suecia, Suiza o Liechtenstein, Estados que han prestado el consentimiento a la Convención de Naciones Unidas (2005), reconocen al acompañar su consentimiento de una declaración según la cual “la Convención lo es sin perjuicio de cualquier desarrollo del Derecho internacional en la protección de los derechos humanos”¹³⁸.

droits de l’homme méconnus sur le plan international”, *Révue Générale de Droit International Public*, 119 (2015), núm. 2, pp. 353-359; E. CANNIZZARO: “Jurisdictional immunities and judicial protection: the Decision of the Italian Constitutional Court núm. 238 of 2014, *Rivista di Diritto Internazionale*, XCVIII (2015), núm. 1, pp. 126-134; C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 914-917.

¹³⁴ Sentencia 238/2014, FJ 1, 4 y 5, así como los puntos 1 y 2 del Fallo.

¹³⁵ *GU SO* n. 84 del 10 novembre 2014.

¹³⁶ M. CASTELLANETA: *Il Parlamento prova a dribblare gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 238*, <http://www.marinacastellaneta.it/blog> (citado por C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit., p. 916).

¹³⁷ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA: *Sistema de Derecho Internacional Público* cit. (nota 29), p. 85.

¹³⁸ Status as at: 12-05-2016, Chapter III: Privileges and immunities, diplomatic and consular relations etc., 13. UN Convention on jurisdictional Immunities of States and their property, New York, 2 december 2004 (<http://treaties.un.org.pdf>). *Vid. supra* nota 112.

De hecho, el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de Tallin, de 30 de agosto de 2015, sobre *La jurisdicción civil universal en materia de reparación por crímenes internacionales*, considera que:

“La inmunidad de los Estados no debería privar a las víctimas de su derecho a la reparación”¹³⁹.

38. Y porque esto es así me parece acertado, conveniente, que la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, haya hecho un guiño (o así me lo parezca) a esta posibilidad de manera expresa, cuando pone fin al apartado III de su Preámbulo con la afirmación siguiente¹⁴⁰:

“por otro lado, su contenido ha de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de las obligaciones internacionales de nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales...”.

¹³⁹ Artículo 5.

¹⁴⁰ En la síntesis que, antes de entrar en su contenido, el Consejo de Estado realiza del Anteproyecto de LO que el Gobierno le presenta menciona el Consejo específicamente este hecho, es decir, que “el contenido de esta Ley Orgánica debe entenderse sin perjuicio de las obligaciones internacionales de nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales (dictamen 693/2015, 23 julio, p. 3).

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN NATURAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

THE NEW REGULATION OF THE NATURAL FILIATION IN THE SPANISH INTERNATIONAL PRIVATE LAW

M^a DOLORES ADAM MUÑOZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Córdoba*

Recibido: 06.05.2016 / Aceptado: 28.06.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3252>

Resumen: La regulación de la filiación natural en el ámbito del Derecho internacional privado, ha sido reformada por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En este trabajo se analizan las soluciones propuestas por el legislador, dirigidas a la consecución del *favor filii*, a través de una norma de conflicto materialmente orientada, y las consecuencias que se derivan de la misma. Asimismo, se pone de relieve la discordancia que se aprecia en la nueva regulación en relación a los diferentes aspectos de la filiación.

Palabras clave: establecimiento, carácter y contenido de la filiación natural, responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales, ley aplicable.

Abstract: The article 9.4 of the civil Code, which regulates the law applicable to the natural filiation, has been recently modified for the Law 26/2015, of July 28 of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence. In this study we are analyzed the solutions proposed by the legislator which go to the attainment of the *favor filii* through a rule of conflict materially oriented and the consequences that derive from the same. On the other hand, there is emphasized the incoherence that it appreciates in the new regulation in relation to the different aspects of the filiation regulated by the new norm.

Keywords: natural filiation, establishment, character and content of the natural filiation, parental responsibility, parent-child relationships, applicable law.

Sumario: I. La filiación natural. Concepto y dificultades en su regulación. II. La ley aplicable a la filiación natural. 1. Antecedentes de la regulación de la filiación natural en el sistema español de Derecho internacional privado. 2. La reforma del art. 9.4 del CC. 3. La ley aplicable a la determinación y al carácter de la filiación natural. A) Aspectos básicos. B) Momento en el que el aplicador del derecho ha de apreciar las conexiones establecidas en el art. 9.4.I del CC. C) La ley aplicable a la determinación de la filiación: conexiones en presencia. D) Supuestos en los que la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo no permiten determinar la filiación. E) La aplicación de la ley sustantiva española a la determinación de la filiación. F) Conflictos de civilizaciones en la ordenación de la filiación natural. III. La regulación del contenido de la filiación por naturaleza y del ejercicio de la responsabilidad parental.- 1. Contenido de la filiación y responsabilidad parental. 2. La ley aplicable al contenido de la filiación natural y a la responsabilidad parental. IV. Conclusiones.

I. La filiación natural. Concepto y dificultades en su regulación

1. Según indican L. Díaz Picazo y A. Gullón, “*se denomina filiación, tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra o a otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo*”¹. De este modo la filiación consiste, en primer término, en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra, es un hecho biológico; sin embargo con posterioridad esa realidad biológica es retenida y regulada por el Ordenamiento Jurídico, disponiendo una serie de derechos y obligaciones entre los procreadores y el ser procreado, atribuyendo a los primeros el *status* de padre o madre y al segundo el *status* de hijo, lo que conlleva al establecimiento de un estado civil de la persona. Cuando nuestro sistema jurídico toma como referencia el hecho evidente de la procreación para establecer la filiación y los efectos que de la misma se derivan estamos ante la denominada “*filiación natural*”².

2. La regulación de la filiación en el Derecho internacional privado no está exenta de dificultades en tanto en cuanto en la misma pueden existir hasta tres personas implicadas, aportando cuanto menos una de ellas, un elemento de extranjería y, por otra parte, tanto su establecimiento como sus efectos dependen de la concepción que cada Ordenamiento Jurídico tenga sobre la familia, institución que puede asentarse sobre valores jurídicos divergentes. Así, las bases fundamentales en nuestro Ordenamiento Jurídico las encontramos en el art. 39 de nuestra Carta Magna cuando en el párrafo primero se refiere a la familia y a la obligación que los poderes públicos tienen de protegerla socialmente, encomendando en sus párrafos 2, 3 y 4 a los poderes públicos la protección de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, ya que los padres han de prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, estableciendo asimismo que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Así las cosas, el modo en el que nuestra Constitución reconoce el derecho al matrimonio y la manera en que relaciona a la familia con la filiación, resulta sumamente significativo.

II. La ley aplicable a la determinación de la filiación natural

1. Antecedentes de la regulación de la filiación natural en el sistema español de Derecho internacional privado

3. El modo en que la regulación de la filiación se ha llevado a cabo en el sistema español de Derecho internacional privado no ha gozado tradicionalmente de una posición unánime por la doctrina en cuanto a su idoneidad. La primera vez que nuestro Ordenamiento introduce una norma específica reguladora de la filiación en el ámbito internacional³ es como consecuencia de la reforma operada en el Título Preliminar del Código civil (a partir de ahora CC) por Decreto 1838/1974 de 31 de mayo. El párrafo 4 del art. 9 señalaba que: “*Las relaciones paternofiliales se regirán por la ley nacional del padre*

¹ L. DIEZ-PICAZO, y, A. GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV (Derecho de la familia y Derecho de sucesiones). 11ª Ed. Madrid 2012, p. 223.

² No obstante, hemos de poner de relieve, según indicaba J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, en “Filiación y alimentos”. AA.VV. *Derecho internacional privado. Parte especial*. 6ª Ed. revisada. Madrid 1995 pp. 360-365. que en sentido jurídico, el derecho no consagra una absoluta identidad entre la vertiente biológica y la jurídica de la filiación, lo cual se puede constatar, por una parte porque el hecho biológico de la procreación puede que no atribuya, en ciertos supuestos el *status filii*, como por ejemplo sucedía antaño en nuestro derecho en relación con la discriminación existente entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Por otra parte, la filiación en sentido jurídico va más allá del hecho de la procreación, ya que la misma puede tener lugar en nuestro sistema por naturaleza o por adopción (art. 108 del CC).

³ Antes de esta regulación específica la filiación, al constituir un estado civil, se regulaba a tenor del art. 9.1 del CC de 1889 por la ley nacional, si bien la misma gozaba de indeterminación ya que, no se especificaba si esa ley nacional debía ser la del padre, la de la madre o la del hijo. A tenor de construcciones doctrinales y a los pronunciamientos de la DGRN (Resoluciones de 9 de enero de 1930 y 1 de diciembre de 1950), se determinó que el establecimiento y los efectos de la filiación debían regirse por la ley nacional del padre y solamente si éste no existiera o sólo se conociera la maternidad, por la ley nacional de la madre. Vid. por todos A. RODRIGUEZ BENOT. “La filiación y los alimentos”. AA.VV. *Lecciones de Derecho civil internacional*. 2ª Ed. Madrid 2006, p.167.

y, en defecto de éste o si solo hubiere sido reconocida la maternidad, por la de la madre”⁴. Procede aquí que nos detengamos en el análisis del supuesto de hecho La clave radicaba, en que el precepto se refería a la regulación de la filiación natural ya constituida, dejando a un lado el establecimiento de la misma⁵, la cual se regulaba por el art. 9.1 del CC; es decir, por la ley nacional, pero sin especificar si ésta era la del padre, la de la madre o la del hijo. Con respecto a los puntos de conexión utilizados eran perfectamente coherentes con el modelo patriarcal de familia imperante en la época y con la distinción que nuestro sistema establecía entre hijos matrimoniales y no matrimoniales⁶; sin embargo, posibilitaba el cambio de ley aplicable en el caso en que el padre cambiara de nacionalidad y adquiriera otra que le fuera más beneficiosa en detrimento de los deberes y derechos para con el hijo, lo cual iba en perjuicio de la debida protección del mismo.

4. Un paso más en la regulación de esta institución se lleva a cabo a través de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre⁷, de manera que el art. 9.4 del CC queda redactado del siguiente modo: “*El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo*”⁸. Con esta reforma se tratan de cubrir las lagunas que la anterior norma presentaba, además de adecuar el precepto a los principios básicos constitucionales contenidos en el art. 14 (derecho a la no discriminación por razón de sexo) y en el art. 39.2 (la protección de los hijos iguales éstos ante la ley). El supuesto de hecho de la norma se amplía y de referirse únicamente a las relaciones paterno filiales, pasa a regular también el carácter y contenido de la filiación. La referencia al carácter nos sitúa ante la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial a efectos, no de discriminación en cuanto a los hijos, sino en relación a las acciones judiciales que las personas legitimadas podrán ejercitar y, el contenido, nos conduce a determinar los efectos que la filiación lleva aparejados, los cuales se concretan en la serie de derechos y deberes a los que quedan sometidas las partes implicadas derivados del *status filii* y de los estados de padre o madre.

5. No obstante el avance en la regulación de esta institución, la misma adolecía de concreción jurídica, ya que su supuesto de hecho no contemplaba una situación tan relevante cual era la determinación o atribución de la filiación. Nuevamente hemos de acudir a construcciones doctrinales y jurisprudenciales para cubrir esta laguna legal. Así, un sector doctrinal⁹ consideró que el legislador había dejado fuera de la norma esta faceta de la filiación de una manera intencionada, ya que el objetivo de la misma era, por una parte la eliminación de discriminaciones patentes contra la mujer y, por otra la consecución del *favor filii*, de forma que para el establecimiento de la filiación podría ser de aplicación la ley nacional, no ya solo del hijo, sino también la del padre o la de la madre, no determinando el legislador el momento en el que estas leyes tendrían que ser tomadas en cuenta. Así, la norma de conflicto contenida en el art. 9.4 del CC, gozaría de una naturaleza flexible y abierta, caracteres que facilitarían el establecimiento de la filiación en múltiples casos. No obstante esta interpretación presentaba dos puntos débiles, ya que, por una parte constituía una imprecisión legal y, por otra suponía una contradicción el que la filiación se estableciera conforme a una ley y el contenido de la misma, cuestiones íntimamente ligadas

⁴ Decreto 1838/1974 de 31 de mayo por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil. (BOE núm. 163 de 9 de julio de 1974).

⁵ La DGRN señaló en sus resoluciones de 2 de septiembre y 13 de octubre de 1976 que esta disposición solo era aplicable “a la relación paterno filial ya constituida, pero no a su constitución”. Vid. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*. Vol II, (parte especial). 9^a Ed. Madrid 1982, p. 382.

⁶ Esta era también la solución que imperaba en la época en Europa, como en el Código Civil Italiano de 1942, según expone M. Aguilar Benitez De Lugo. M. AGUILAR NAVARRO (Dir.) *Derecho civil internacional*. 4^a Ed. Madrid 1975, pp. 415 y ss. *Id.* “Comentario al art. 9 del Código civil” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T.I, Madrid 1978. pp. 161 y ss.

⁷ Sobre esta Ley Vid. con carácter general. N. BOUZA VIDAL, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en el Derecho internacional privado”. *RGLJ*, 1987, pp. 897-931.

⁸ A pesar de la inconstitucionalidad sobrevenida del anterior art. 9.4 éste siguió siendo de aplicación por nuestros tribunales cuando la Constitución Española de 1978 había propugnado la igualdad entre las personas sin que pueda prevalecer distinción alguna por razón de nacimiento, la plena igualdad de los hijos ante la ley sin tener en cuenta si su filiación es matrimonial o no, la plena igualdad de las madres, con independencia de su estado civil en relación con los padres y la posibilidad de la investigación de la paternidad (arts. 14 y 39 de la Constitución).

⁹ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Filiación y alimentos”...ob. cit. pp. 360-365.

y dependientes, se rigiera por otra ley diferente¹⁰, de manera que dicha teoría no se podía sustentar, prevaleciendo la teoría mayoritaria de que todos los aspectos de la filiación se habían de regir por la ley nacional del hijo¹¹, sin que el legislador hubiera concretado el momento de su apreciación para facilitar el establecimiento del *favor filii*¹².

6. La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³ efectúa una nueva modificación al art. 9.4 del CC; sin embargo, la misma, lejos de atender las demandas doctrinales, deja intacto el supuesto de hecho de la norma y se centra en la modificación de los puntos de conexión indicando al respecto que: “*El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la ley de la residencia habitual del hijo*”. Así, se incluye en la regulación de la filiación la conexión de la residencia habitual del hijo, la cual estaba tomando cada vez más protagonismo en el ámbito convencional internacional y en la Unión Europea¹⁴. A tenor de esta reforma la doctrina entendió que si el legislador no había alterado el supuesto de hecho de la norma es porque no estaba en su voluntad el hacerlo porque se sobreentendía que todos los aspectos relativos a la filiación quedaban regulados por la ley nacional del hijo y, en su defecto, por la ley de la residencia habitual, si bien, aunque las conexiones estaban ordenadas de forma jerárquica o en cascada, no se establecía el momento en que las mismas habrían de ser tomadas en cuenta por el aplicador del derecho para así favorecer el establecimiento de la filiación¹⁵.

2. La reforma del art. 9.4 del CC

7. Recientemente hemos asistido a la nueva reforma del art. 9.4 del CC a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁶. Mediante esta modificación el párrafo 4 del art. 9 del CC queda redactado del siguiente modo: “*La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo o si esta ley no permitiere el establecimiento de de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual o de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.*

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de

¹⁰ Situaciones ambas que se contradecirían con el espíritu de la Ley 21/1987, la cual señalaba en su Exposición de Motivos que pretendía realizar “una regulación más clara y de fácil aplicación práctica”.

¹¹ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, A. MARÍN LÓPEZ, E. PÉREZ VERA, L.I. SÁNCHEZ RODRIGUEZ., J.M ESPINAR VICENTE, Elenco de autores a los que se refiere A. RODRIGUEZ BENOT., “La filiación y los alimentos”... Ob. cit. p. 167. La evolución en este sentido de la DGRN y de nuestros tribunales acerca de la regulación unívoca de todos los aspectos que se refieren a la filiación se puede consultar en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 9.4 del Código civil”. M. PASQUAU LIAÑO (Dir.). *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*. Tomo I (arts. 1 a 1087). Granada 2000, pp. 146-152.

¹² J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Filiación y alimentos”... Ob. cit. p. 364. Esta línea la siguen las Resoluciones de la DGRN de 29 de septiembre de 1989 (*Revista Española de Derecho Internacional* 1990, p.p. 632-633) y de 18 de febrero de 1997 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 1998, pp. 1022-1023).

¹³ BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996.

¹⁴ En relación con la introducción de esta nueva conexión, uno de los problemas más graves que en relación a la misma se planteaba era el posible cambio de residencia habitual del menor. Según M.P. DIAGO DIAGO. “Mundialización y las relaciones jurídicas entre padre e hijos”. A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir) *Mundialización y familia*. Madrid 2001, p. 139. deberían tomarse soluciones que hicieran frente a esta hipótesis, y que determinaran la ley aplicable en caso de conflicto móvil, como así lo ha efectuado el Convenio de La Haya de 1996.

¹⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y, S. A. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*. 8ª Ed. Madrid 2015, p. 460.

¹⁶ BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015. Con respecto al instrumento legislativo que adopta esta norma, a mi modo de ver tendría que haber sido por medio de una Ley Orgánica, ya que la misma regula derechos fundamentales, los cuales pertenecen a todas las personas, ya sean éstas mayores o menores de edad, así lo establece la Convención sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990).

1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”.

8. Como podemos comprobar la modificación perpetrada en el precepto es bastante significativa y ambiciosa. Significativa porque efectúa una transformación profunda de la norma y ambiciosa porque trata de regular todos aquellos aspectos que se derivan de la filiación. Al análisis de ambos extremos nos vamos a referir en las líneas que siguen.

3. La ley aplicable a la determinación y al carácter de la filiación natural

A) Aspectos básicos

9. Hemos de señalar, en primer lugar, que la norma distingue claramente varios aspectos de la filiación, los cuales regula atendiendo a criterios diferentes. Así, en un primer término y, por vez primera, se refiere a “*la determinación de la filiación por naturaleza*”, junto con “*el carácter*”. El carácter de la filiación, al cual aludía el anterior art. 9.4, hace referencia a si ésta es matrimonial o no matrimonial, pero en modo alguno puede ser un criterio discriminatorio para con los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley (art. 39 CE). No obstante el sentir de la norma se dirige a determinar el tratamiento distinto de un modo u otro de la filiación en cuanto a los medios de prueba que se pueden utilizar en el proceso para llegar a determinarla, fundamentalmente en cuanto a las presunciones legales de la misma. La ley que resulte aplicable a la determinación de la filiación, que seguidamente examinaremos, puede establecer distinciones en cuanto a los derechos y deberes de los hijos distinguiendo si su origen es matrimonial o extramatrimonial, lo cual, a efectos de nuestro sistema, no tiene relevancia en cuanto a la actuación del orden público internacional en lo que se refiere a la ley aplicable a la determinación de la filiación. La discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y su oposición al orden público internacional español puede tener cabida en otras instituciones referidas a la filiación como en el ámbito de las sucesiones, otorgamiento de los apellidos, de la nacionalidad etc.

10. Resulta una novedad en nuestro sistema de Derecho internacional privado que el precepto formule de forma clara y precisa la ley aplicable a la determinación de la filiación junto con el carácter de la misma, lo cual, como ya hemos comentado anteriormente, había sido reclamado la doctrina hacía tiempo¹⁷. A tal efecto el legislador ha establecido tres puntos de conexión ordenados de forma jerarquizada o en cascada, Así, la determinación y el carácter de la filiación se regirán en primer lugar por la ley de la residencia habitual del hijo, conexión que va tomando cada vez más fuerza en el ámbito convencional internacional y en la Unión Europea. Sólo en el caso en que el hijo careciere de residencia habitual o si ésta no permite el establecimiento de la filiación, estos extremos se regularán por la ley de la nacionalidad del hijo. En el caso en que la ley nacional del hijo no permitiera el establecimiento de la filiación o éste careciere de nacionalidad o de residencia habitual, se estará a lo establecido en la ley sustantiva española; es decir, en los artículos 108 y siguientes del CC.

11. Al respecto hemos de indicar que aunque el precepto haga referencia a la residencia habitual o a la nacionalidad del *hijo*, hemos de entender que en realidad se está refiriendo al *presunto hijo*, ya que con esta regulación lo que se trata es de determinar la filiación natural, de manera que cuando las leyes a las que alude la norma van a ser aplicadas todavía no existe un verdadero hijo. No obstante, hecha esta advertencia, a lo largo de este trabajo vamos a emplear la terminología utilizada por el legislador.

12. Hemos de señalar que resulta muy acertado el modo en el que el legislador ha configurado la regulación de la determinación de la filiación al establecer que si la ley de la residencia habitual o la ley nacional del hijo no permiten la determinación de la filiación, entonces entrará en juego la ley sustantiva

¹⁷ Vid *supra*.

española. Este dato se revela de suma importancia, ya que, en la anterior regulación, al no efectuar la norma esta salvedad, si el hijo tenía la nacionalidad indeterminada o ésta no permitía el establecimiento de la filiación no cabía la posibilidad de aplicar la ley de la residencia habitual del hijo, por lo que la filiación quedaba sin determinar¹⁸. Para obviar esta situación, en nada favorable a la determinación del *favor filii*, la doctrina, desde hace bastante tiempo, viene reclamando que la norma configure las conexiones en presencia; es decir, nacionalidad y residencia habitual, de las partes implicadas en la relación de la filiación, hijo, padre o madre, de manera alternativa, en la seguridad de que con esta técnica de reglamentación se conseguiría un resultado mucho más idóneo en cuanto a la protección del hijo¹⁹.

13. No obstante, aunque en la regulación actual no se recoja el sentir doctrinal y los puntos de conexión estén ordenados en cascada entrando en juego uno en defecto del otro, resulta obvio que el legislador ha ordenado el precepto en una única dirección: la obtención del *favor filii*, ya que, el modo en el que los mismos están articulados conduce a la obtención de este *status*, de manera que la norma de conflicto se encuentra materialmente orientada²⁰ porque si el hijo careciere de residencia habitual o de nacionalidad o bien estas leyes no permitieran el establecimiento de la filiación, la determinación de la misma siempre va a quedar a salvo en tanto en cuanto será de aplicación la norma sustantiva española, la cual está encaminada al establecimiento de la filiación²¹.

14. Nuestro legislador, sin embargo, ha optado por una formulación rígida de la norma reguladora de la filiación, si bien en esta ocasión ha invertido el orden de las conexiones retenidas, incorporando en primer lugar la ley de la residencia habitual del hijo, consciente de que esta ley muestra una mayor proximidad con el mismo, ya que en numerosas ocasiones sucede en la realidad que el hijo ostenta la nacionalidad de un Estado con el que no ha tenido en su vida ningún contacto, ni siquiera se ha desplazado en alguna ocasión al mismo, (piénsese en los hijos habidos de las parejas de emigrantes que han nacido en España) de manera que su ley nacional no refleja ninguna vinculación del hijo con un determinado Estado. Es cierto que la regulación se aparta así de nuestra tradición legislativa, la cual liga el estado civil a la ley nacional de la persona (art. 9.1 del CC)²²; sin embargo, este alejamiento no deja de tener sus ventajas, ya que esta ley representa el centro de vida social y real de la persona. No obstante, los argumentos que se pueden esgrimir a favor de que la regulación de la filiación se efectúe por la ley nacional se dirigen fundamentalmente a la estabilidad que esta ley representa y que otorga certeza y seguridad en la reglamentación, toda vez que es mucho más fácil para la persona cambiar de residencia habitual que de nacionalidad²³.

15. El modo en el que está articulada esta norma se fundamenta en el sentir del legislador español, el cual considera que una norma extranjera que no permita establecer la filiación rompe todos los

¹⁸ Así lo manifestó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 4^a) núm. 436/2009 de 18 de diciembre.

¹⁹ M.P. DIAGO DIAGO, "La mundialización en las relaciones jurídicas entre padres e hijos"... ob. cit. p. 160. J.C. FERNANDEZ ROZAS y S.A. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado...* ob. cit pp. 438-439.

²⁰ Sobre la orientación material de las normas de conflicto Vid: J. .D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé". *Recueil des Cours*, t. 287, 2000. *passim*.

²¹ La aplicación de la ley material española ha sido reclamada por la doctrina en otros ámbitos del derecho de familia. Así, en relación con la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, la doctrina siempre manifestó la necesidad de que el art. 107.2 del CC contemplara que las partes se pudieran divorciar o separar con arreglo a la ley española cuando su ley nacional común no admitiera esta posibilidad, y así lo puso de relieve una enmienda realizada al Proyecto de Ley por el Grupo Parlamentario Comunista, por la que se proponía que se aplicara el derecho español en el caso en que el derecho extranjero designado por la norma de conflicto no contemplase el divorcio, si bien en casos conectados estrechamente con el Ordenamiento español, la cual no prosperó. Esta enmienda rezaba del siguiente modo: "No obstante, si la ley extranjera aplicable conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, no admite la disolución del matrimonio por divorcio, se aplicará la ley española si uno de los cónyuges es español y tiene su residencia habitual en España". Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, y A. P. ABARCA JUNCO, "Matrimonio y divorcio". *Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*. Madrid 1990, p. 910.

²² P.A. DE MIGUEL ASENSIO comentario en su Blog. Entrada de 26 de agosto de 2015. <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/>

²³ A. BUCHER, *La famille en Droit international privé*. *Recueil des Cours*, 2000, pp. 72-75. Entiende el autor que, habida cuenta de que tanto la ley de la nacionalidad como la ley de la residencia habitual del individuo contienen ventajas e inconvenientes en cuanto leyes rectoras del estatuto personal, nada impide que las mismas se adopten de una forma alternativa.

parámetros sobre los que se basa nuestro Ordenamiento Jurídico y el mandato constitucional que recoge “*la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley*”, de manera que para llevar a cabo esta protección “*la ley posibilitará la investigación de la paternidad*”. Así, las normas españolas se dirigen en esta dirección; es decir, sorteando todos los obstáculos que impidan al individuo conocer su filiación. Esta misma línea, como no podía ser de otro modo, se sigue también en el ámbito del Derecho internacional privado, de forma que para lograr el *favor filii* y conseguir de esta manera el interés superior del hijo y su protección, el legislador español ha recurrido nuevamente a la aplicación de la ley sustantiva española, si las leyes propuestas con anterioridad no consiguen alcanzar el resultado de justicia material al que se dirige la norma de conflicto.

16. A continuación nos vamos a detener en el análisis de las conexiones propuestas por el legislador para determinar la ley aplicable al establecimiento de la filiación, si bien, antes de proceder al mismo, hemos de concretar el momento en el que el legislador ha previsto que el aplicador del derecho retenga estas conexiones con la finalidad de evitar un conflicto móvil, toda vez que dicho momento es el mismo así se rija la filiación por la ley de la residencia habitual del hijo o por la ley de la nacionalidad de éste.

B) Momento en el que el aplicador del derecho ha de apreciar las conexiones establecidas en el art. 9.4.I del CC

17. Antes de proceder al examen de las conexiones que el legislador ha establecido en el art. 9.4.1 del CC para concretar la ley aplicable a la determinación de la filiación, conviene que nos detengamos en el estudio del momento en que el mismo estipula que el aplicador del derecho ha de retener estas conexiones, para poder comprender mejor posteriormente como se articulan las mismas y los inconvenientes o ventajas que éstas conllevan para determinar la ley que ha de regir la determinación de la filiación natural.

18. El análisis de la nueva regulación efectuada por el art. 9.4.I del CC en relación con el establecimiento de la filiación, nos lleva a precisar el momento en el que el legislador ha previsto que el aplicador del derecho ha de apreciar las conexiones establecidas por la norma de conflicto; esto es: el intérprete jurídico ha de tener en cuenta que la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo se han de retener en el momento “*del establecimiento de la filiación*”. En tal sentido cabe hacer las siguientes observaciones:

19.1º) El legislador podría haber dotado a la norma de una mayor flexibilidad si no hubiera acotado en el tiempo el momento en que el aplicador del derecho ha de apreciar la concurrencia de la ley a la que la norma de conflicto remite, de forma que la determinación del *favor filii* gozaría de una mayor probabilidad. No obstante, la nueva regulación acota el momento en que las conexiones han de ser retenidas por el aplicador del derecho, lo cual podría restringir los supuestos de determinación de la filiación. Sin embargo, esta técnica restrictiva queda paliada porque la norma en sí está articulada de tal forma que siempre va a posibilitar el establecimiento de la misma, en tanto en cuanto si no es de aplicación la ley de la residencia habitual o la ley de la nacionalidad del hijo, será de aplicación la ley sustantiva española, como cláusula de cierre y garantía de la determinación de la filiación. Así, el modo en que la norma ya de por sí está articulada, nos conduce a la obtención de este resultado; es decir, al *favor filii*. De manera que el legislador para evitar los posibles conflictos móviles que puedan surgir, lo cual no es baladí, y también para dificultar la comisión de fraudes por parte de los sujetos interesados, lo cual no es infrecuente, ha dotado a la norma de rigidez fijando la retención de los puntos de conexión en el tiempo. Con este modo de operar la norma adquiere una mayor rigidez, apartándose así de la línea que tradicionalmente había mantenido nuestro sistema de Derecho internacional privado, la cual se traducía en que en la regulación internacional de la filiación natural se dejaba abierto el momento en que el juzgador había de apreciar la conexión expresada por la norma, precisamente como técnica para facilitar

el establecimiento de la filiación²⁴. La concreción en el tiempo del punto de conexión había sido obviada por anteriores normativas, a través de construcciones doctrinales y jurisprudenciales. Tradicionalmente este aspecto de la filiación se había regido en nuestro sistema jurídico por la ley de la nacionalidad y, en su defecto, por la ley de la residencia habitual del hijo, sin precisar el momento en que las mismas tenían que ser apreciadas, circunstancia que fue valorada muy positivamente por la doctrina, en tanto en cuanto la técnica empleada favorecía el establecimiento de la filiación²⁵. El abandono de este modo de actuar se justifica desde el momento en que la norma utiliza otros mecanismos para lograr el *favor filii*, solucionando así la posible existencia de un conflicto móvil y no ofreciendo a las partes implicadas en la relación jurídica mecanismos que posibiliten la comisión de fraudes.

20.2º) La determinación del momento que el legislador establece para apreciar la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la ley de la nacionalidad del hijo no es en absoluto pacífico, ni resulta el más idóneo en cuanto a la dificultad de su concreción, ya que estas leyes se han de observar en el “*momento del establecimiento de la filiación*”, lo cual no deja de ser paradójico porque precisamente lo que se trata de establecer es la filiación, ya que nos encontramos ante una filiación no establecida, de manera que la consideración del momento del establecimiento de la misma es del todo incongruente. Así por ejemplo, si resulta de aplicación la ley española, el Código civil establece en su art. 115 los modos de determinación de la filiación matrimonial²⁶ y el art. 120 la determinación de la filiación no matrimonial²⁷. Así las cosas y, a tenor de los preceptos señalados, es posible que la filiación se determine a través de sentencia firme o por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. ¿El momento en que se ha de retener la ley aplicable será entonces el momento en que se inicia el procedimiento o el expediente o, por el contrario, el momento en el que se dicta sentencia o resolución del expediente?. El tenor literal del precepto nos sitúa en esta tesitura un tanto absurda porque hemos de tener en cuenta que en algunas ocasiones los procedimientos judiciales se dilatan considerablemente en el tiempo y es posible que durante el periodo que dura el procedimiento el individuo cambie de residencia habitual, lo cual no es infrecuente, o de nacionalidad. A este respecto hubiera sido deseable que el legislador hubiera sido mucho más claro en la redacción del precepto, adoptando un momento de apreciación de las conexiones para determinar la ley aplicable mucho más claro y conciso.

21. A tal efecto podría haber seguido la línea iniciada por algunas legislaciones europeas, las cuales consideran que el momento adecuado para determinar la ley aplicable a la filiación es el momento del nacimiento del hijo²⁸. Sin embargo, consideramos que dicho momento, aunque dota de seguridad jurídica y certeza, tanto al juez como a las partes implicadas en relación con la ley que va a ser aplicada, puede que no exprese la realidad de la relación jurídica que se trata de determinar, cual es la filiación, toda vez que es posible que el individuo al nacer tuviera su residencia habitual en un país con el que no

²⁴ Así por ejemplo, la *RDGRN de 29 de septiembre de 1989* admitió la inscripción de una filiación establecida por subsiguiente matrimonio a tenor de la ley francesa, ley de la nacionalidad que tenían los interesados en el momento de producirse el enlace, sin tener en cuenta la ley española, como ley nacional que tenían la hija en el momento de su nacimiento ni en el momento en que se produjo la cuestión.

²⁵ A favor de la no determinación del momento en que la ley de la nacionalidad del hijo debía ser apreciada y, como consecuencia favorecer el establecimiento de la filiación, se encuentran autores como L. MUSCHTER, T. BALLARINO, A. BONOMI, G. BALLADORE PALLIERI, A. BERNARDINI, P. MAYER, B. AUDIT y G. BARILE. A estos autores se refiere, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Filiación natural”. L..A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir) *Derecho internacional privado*. Vol. II. 16ª Ed. Granada 2016. p. 356.

²⁶ La filiación materna y paterna quedará determinada legalmente: 1º) Por la inscripción del nacimiento junto con el matrimonio de los padres. 2º) Por sentencia firme (art. 115 del CC). Vid. La Instrucción de la DGRN de 9 de octubre de 2015 sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios (*BOE* núm. 246 de 14 de octubre de 2015).

²⁷ La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente; 1º) Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 2º) Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. 3º) Por sentencia firme. 4º) Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con la ley del Registro Civil (art. 120 del CC). Sobre la determinación de la filiación en Derecho internacional privado, Vid. J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*. Madrid 2008, pp. 574-579.

²⁸ Este es el momento por el que se inclinan la mayoría de las leyes de Derecho internacional privado de nuestro entorno como el art. 33 de la Ley italiana de 1995, el art. 28 de la Ley rumana de 1992, o el art. 25.1 de la Ley austriaca de 1978.

ha vuelto a tener el más mínimo contacto. Igual sucede con la nacionalidad desde el momento en que existen supuestos en los que un individuo ostenta una determinada nacionalidad desde su nacimiento, pero la misma es la de un país con el que el sujeto no ha tenido ninguna vinculación en su vida. Quiebra así el principio de proximidad de la ley aplicada a una determinada relación jurídica.

22. Como consecuencia de los argumentos que acabamos de esgrimir consideramos que lo lógico es que el momento en que se ha de retener la ley aplicable a la filiación es el momento en que se presenta la demanda²⁹ y, ello fundamentalmente atendiendo a dos razones:

23. i) Si realizamos una interpretación global de las normas que rigen la determinación de la filiación, esto es: las que se refieren a la ley aplicable y a la competencia judicial internacional³⁰, observamos que el momento que éstas últimas retienen para determinar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales en cuanto a la observancia de si el demandante goza de nacionalidad española o tiene su residencia habitual en nuestro país, es el momento de la presentación de la demanda. Luego, ante esta laguna legal lo más sensato es trasladar por analogía esta concreción en el tiempo al momento en que ha de ser considerada la ley aplicable al establecimiento de la filiación.

24. ii) El establecimiento de este momento no resulta extraño en la articulación de nuestras normas de conflicto. Así el anterior art. 107.2 del CC establecía como ley aplicable a la separación y al divorcio “la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, a falta de nacionalidad común por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento...”.

25. A la luz de las consideraciones expuestas estimamos que la redacción del precepto relativo a la ley aplicable a la determinación de la filiación hubiera sido mucho más afortunada si el legislador hubiera determinado el momento de apreciación de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo en el momento de la presentación de la demanda de filiación. No obstante y, aunque la expresión empleada no sea la más correcta, entendemos que el precepto se ha de interpretar en esta dirección.

C) La ley aplicable a la determinación de la filiación: conexiones en presencia

26. Como ya hemos señalado en líneas anteriores, la regulación del establecimiento de la filiación que efectúa el art. 9.4.1 del CC se basa en la aplicación de tres leyes, ordenadas de forma jerarquizada, de manera que entran en juego, no solamente una en defecto de la existencia de otra, sino también en el caso en que la que se ha de apreciar en primer lugar, la ley de la residencia habitual del hijo, no posibilite el establecimiento de la filiación. Igual sucede con la aplicación de la segunda ley, la de la nacionalidad del hijo, concluyendo la norma con una cláusula de cierre al indicar como aplicable al establecimiento de la filiación en el caso en que las leyes anteriores no hayan logrado este objetivo, la ley sustantiva española. Procede por lo tanto ahora que nos detengamos en el análisis de cada una de estas leyes, así como en los supuestos en que las mismas no son de aplicación al impedir el establecimiento de la filiación.

27. Hemos indicado en líneas anteriores que la filiación constituye un estado civil por el que se crean una serie de derechos y deberes en relación con las personas implicadas en la relación jurídica (hijo, padre y madre).

28. Nuestro sistema de Derecho internacional privado se ha decantado por la ley nacional como ley reguladora del estado civil. Así, el art. 9.1 del CC señala que: “*La ley personal correspondiente a las*

²⁹ Esta tesis es seguida por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Comentario al artículo 9.4 del Código civil”. R. BERCÓVITZ RODRÍGUEZ CANO. (Dir.). *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*. Valencia 2016, pp. 30-32.

³⁰ Esta interpretación global ya fue propuesta hace tiempo por M. GUZMÁN ZAPATER. *El derecho a la investigación de la paternidad (en el proceso con elemento extranjero)*. Madrid 1996, pp. 33-39.

personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte". Así, la filiación, al ser un estado civil del cual se desprenden una serie de derechos y obligaciones, los cuales se prolongan en el tiempo, necesita de una regulación que ofrezca un alto grado de seguridad jurídica a las partes implicadas, la cual se logra, entre otros medios, con la previsibilidad de la norma rectora. Tradicionalmente se ha considerado en nuestro sistema que la ley que cumple con este cometido es la ley nacional, en cuanto ley integradora de todos los aspectos que se refieren a la persona y que dota al llamado estatuto personal, entre otras cosas, de firmeza, certeza y seguridad jurídica.

29. Sin embargo, la nueva regulación de la filiación desplaza la aplicación de la ley nacional del hijo en favor de la ley de su residencia habitual, lo cual no constituye una novedad en nuestro sistema³¹ ya que, con anterioridad se había adoptado esta solución en relación con el estado civil de divorciados y más recientemente respecto de la sucesión *mortis causa*³².

30. Por otra parte, la conexión de la nacionalidad se propugna como la más idónea para proteger la identidad cultural del inmigrante, sobre todo en los supuestos en que el inmigrante tiene la intención de regresar a su país en un futuro no muy lejano y, como consecuencia de esta voluntad no ha dejado de tener contacto con su país de origen, de ahí su denominación de "*conexión cultural*"³³, de manera que las resoluciones emanadas de las autoridades y tribunales del Estado de acogida que afecten a sus relaciones particulares van a gozar las más de las veces de validez y eficacia en el Estado de origen; sin embargo, las ventajas de la utilización de la conexión de la residencia habitual para regir el estatuto personal, como centro de vida real de la persona, como lugar en el que el individuo se desarrolla y establece sus relaciones, no deben perderse de vista en cuanto conexión más idónea para lograr la integración del inmigrante en el Estado de acogida³⁴. Atendiendo a estos motivos se la ha calificado como una "*conexión social*"³⁵. Es con esta ley con la que está familiarizado el individuo, ya que es la norma del Estado en

³¹ La mayoría de los países europeos de nuestro entorno siguen adoptando la conexión de la ley nacional para determinar la filiación, utilizando la conexión de la residencia habitual de manera residual, es el caso de Francia e Italia. Sin embargo países como Suiza o Alemania retiene como ley aplicable a la determinación de la filiación natural la ley de la residencia habitual. Vid. desarrollo de esta situación en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. "Filiación natural". En *Derecho internacional privado...* ob. cit. pp.365-367.

³² Hemos de tener en cuenta que los reglamentos de la Unión Europea que regulan estas cuestiones tienen carácter *erga omnes*, de manera que dejan hibernadas nuestras normas de Derecho internacional privado autónomo. No obstante la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (BOE núm 158 de 3 de julio de 2015) reforma el art. 107.2 del CC señalando que, "*La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado*".

³³ Así, el Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010). Establece la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable a su crisis matrimonial en su art. 5, siempre que sea una de las leyes siguientes: "*a) la ley del estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio. b) la Ley del Estado de la última residencia habitual de los cónyuges, siempre que alguno de ellos todavía resida allí en el momento de la celebración del convenio, c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga alguno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio o d) la ley del foro*". Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley, estudio de Derecho internacional privado*. Granada 2000. *Passim*. Igualmente el Reglamento (UE) 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 resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO núm. L 201 de 27 de julio de 2012, corr. err. DO núm L 344, de 14 de diciembre de 2012 y DO núm. L 60 de 2 de marzo de 2013). Este Reglamento, si bien establece como regla general aplicable a la sucesión la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento, deja a salvo la posibilidad de que el mismo elija la ley de su nacionalidad en el momento de realizar la elección o en el momento de su fallecimiento, como ley rectora de la sucesión (arts. 21 y 22). Sobre la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1 de 2016, pp. 47-75. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA. *Las sucesiones <mortis causa> en Europa: aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012*. Pamplona 2016, pp. 195-223.

³⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. "Filiación natural"... ob. cit. p. 365.

³⁵ Sobre el debate entre la aplicación de la ley de la nacionalidad o la ley de la residencia habitual al derecho de familia y sus beneficios para propiciar la integración social del inmigrante, Vid. A. BUCHER, "La famille en Droit international privé".- *Recueil des Cours* nº 283 de 2000, pp. 90 y ss.

³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. "Filiación natural"... ob. cit. p.365.

el que el mismo ha elegido que transcurra su vida, donde formar una familia, donde establecer sus relaciones personales y profesionales, de manera que resulta ser una norma con la que el sujeto está en contacto, ya que es la norma que rige su acontecer diario, de manera que su aplicación no va a conllevar sobre esfuerzos probatorios para la parte demandante y, lo más importante, a través de la aplicación de la misma se van a obtener resultados previsibles para las partes.

31. De este modo, las ventajas mencionadas que lleva aparejadas la aplicación de la ley nacional del individuo pueden quedar superadas por las ventajas que proporciona el tener en cuenta en primer término la ley de la residencia habitual del hijo y, en defecto de ésta o si a través de la misma no se puede establecer la filiación, la ley de la nacionalidad del mismo, toda vez que, aunque la residencia habitual puede ser objeto de cambio con más facilidad que la nacionalidad, debido, entre otras causas a la creciente movilidad internacional de los individuos, y, al igual que ésta puede ser inexistente o estar indeterminada, las consecuencias que se derivan de una u otra situación no son comparables, en cuanto a la concreción de la ley aplicable a la determinación de la filiación, ya que las soluciones en uno y otro caso varían considerablemente, en relación a la adopción de una medida y un proceso lógico más sencillos, entre otras causas porque la ley de la residencia habitual es una conexión de hecho, fácilmente constatable por las partes, por terceros y por el propio juez, representa el arraigo social de la persona con un determinado territorio, el cual, es cierto que puede variar a lo largo del tiempo, de manera que para su concreción es necesario que se identifique claramente el lugar donde el hijo se encuentra con vocación de permanencia y es justo esa intencionalidad la que va a ser fundamental para identificar la residencia habitual del hijo. De esta forma e, interpretando de nuevo de manera global las normas sobre competencia judicial internacional en esta materia y la norma sobre la ley aplicable a la determinación de la filiación, el legislador español entiende que esa voluntad de permanencia la ostenta el individuo cuando ha residido en España por lo menos durante seis meses antes de la interposición de la demanda.

32. En contraposición a esta situación y, teniendo en cuenta que la nacionalidad es un vínculo jurídico de un individuo con un determinado Estado, hemos de tener presente que la aplicación de la ley nacional no conlleva problema alguno cuando la misma está determinada. El problema surge cuando la nacionalidad del hijo no está acreditada. En este caso se podría producir un “*círculo vicioso*” o lo que la doctrina ha denominado situación de “*doble espejo*”³⁶. En efecto: es necesario saber qué nacionalidad ostenta el sujeto para saber cuál es su filiación (art. 9.4 Cc), pero es que también es necesario saber qué filiación tiene el sujeto para determinar su nacionalidad. La solución a este problema radica en dos posibilidades, dependiendo de si hay o no implicado un progenitor español. En el primer caso y, a tenor del art. 17 del Cc, el cual indica que son españoles los “*nacidos de padre o madre españoles*”, como el precepto no exige que haya quedado “*determinada legalmente*” la filiación, sino que basta con que quede acreditado el “*hecho físico de la generación*”, para considerar “*nacido*” de español a un individuo, es suficiente que consten “*indicios racionales de su generación física por progenitor español*”. Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil español o extranjero³⁷.

33. La segunda solución es operativa cuando no hay implicado un progenitor español. En dichos supuestos, la determinación de la nacionalidad del nacido depende de un Derecho extranjero, porque el art. 17.1.a) CC es inaplicable. Es muy posible que el nacido no sea considerado nacional del país de sus progenitores extranjeros mientras no se acredite su nacionalidad extranjera. Y aquí surge el *círculo vicioso*, ya que en numerosos ordenamientos extranjeros, mientras no se demuestre la filiación del sujeto, no se sabe de quién es hijo, y en consecuencia, no se sabe si ha adquirido una nacionalidad extranjera.

³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Filiación natural”... ob. cit. pp. 371-374.

³⁷ Esta es la orientación que sigue el *TS en su sentencia de 22 de marzo de 2000*. Se trata de una acción de reclamación de filiación planteada ante nuestro Tribunal por una mujer de nacionalidad francesa en representación de su hijo respecto de un hombre de nacionalidad española. El Tribunal aplica en primer lugar la ley francesa, como nacionalidad cierta, pero como esta normativa limitaba el reconocimiento de la paternidad. El Tribunal aplica la ley española como consecuencia de que el presunto padre era español. De este modo el Tribunal entiende que si se determinara la filiación del hijo respecto al padre, el hijo tendría la nacionalidad española, de manera que se justifica la anticipación de la aplicación de la ley española como ley nacional del hijo.

Para resolver esta cuestión la DGRN ha remitido la determinación de la filiación a la ley de la residencia habitual del hijo³⁸.

34. Con esta nueva regulación, que coloca en primer lugar la ley de la residencia habitual del hijo y en segundo lugar la ley de la nacionalidad de éste, ya no es necesario acudir a estas soluciones tan elaboradas. Es suficiente con probar el hecho fáctico de la residencia habitual para que entre en juego la aplicación de esta ley. Del mismo modo se obvian también problemas en cuanto a la determinación de la ley nacional del hijo cuando éste tiene nacionalidad múltiple o es apátrida³⁹.

D) Supuestos en los que la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo no permiten determinar la filiación

35. El legislador deja meridianamente claro en el *dictum* de la norma que si la ley de la residencia habitual del hijo no permite determinar la filiación se aplicará la ley nacional del mismo y si ésta tampoco consigue cumplir ese objetivo, será de aplicación la ley sustantiva española. De esta forma la referencia que efectúa el legislador a las causas por las que la ley designada no posibilita la determinación de la filiación no tiene límites; es decir, cualquier causa por la que no se pueda lograr este fin será válida para descartar la ley aplicable y dar paso a la aplicación de la siguiente ley situada en el siguiente escalón de la norma. La articulación de la norma nos recuerda una vez más que la política legislativa de nuestro sistema está inspirada en que lo más beneficioso para el individuo es que se determine su filiación y ello, aún a costa de que se aplique a la misma una ley que está poco vinculada con la relación, como puede ser la ley sustantiva española.

36. Nuestro legislador ya ha utilizado tiempo atrás esta técnica para conseguir un determinado resultado, como sucedía en el anterior art. 107.2 del CC, el cual, una vez que había vinculado el supuesto con el Ordenamiento Jurídico español a través de la nacionalidad española o de la residencia habitual en España de, al menos, uno de los cónyuges, consagraba en el apartado c) del párrafo 2º la aplicación de la ley española en el caso en que las anteriores leyes mencionadas en el párrafo 1º (ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda, en su defecto ley de la residencia habitual de los cónyuges en ese mismo momento y en su defecto la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado) no reconocieran las instituciones de la separación judicial o el divorcio, o lo hicieran de una forma discriminatoria o contraria al orden público. En este caso el legislador nos daba unas pautas, acotaba un espacio para la aplicación de la ley española cuando concurrieran determinadas causas; sin embargo, en el supuesto de la determinación de la filiación no ha considerado oportuno establecer límite alguno.

37. Sin embargo, estos límites son necesarios. Basta consultar las legislaciones de los países de nuestro entorno para comprobar que existen supuestos en los que no es posible determinar la filiación, no como consecuencia de discriminaciones en relación con el individuo, sino porque resulta más beneficioso para el mismo que este estado no quede determinado. En nuestro propio sistema encontramos situaciones en las que se estima que no es beneficioso para el hijo declarar su filiación si ésta proviene de hermanos o familiar consanguíneo en línea recta, de tal manera que la misma solo se otorgará previa autorización judicial y con intervención del Ministerio Fiscal, siempre y cuando la misma sea conve-

³⁸ En la mayoría de estas ocasiones el hijo tenía su residencia habitual en España, de manera que, una vez determinada la filiación con arreglo a la ley española, puede dilucidarse la cuestión de averiguar si el hijo tiene la nacionalidad de sus padres o no. Vid. RDGRN de 24 de noviembre de 2008, caso de un niño nacido en España de madre marroquí y padre desconocido. En el mismo sentido RDGRN de 22 de mayo de 2006.

³⁹ Con respecto a estas cuestiones J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S.A. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*. 9ª Ed. Madrid 2016, pp. 479-480, manifiestan que “Una orientación a favor del principio del favor filii permitiría, en los supuestos de doble nacionalidad, optar por la ley que resulte más favorable desde un punto de vista conjunto del art. 9.4 y 9.9 del CC. De esta forma, la conexión residual del art. 9.4 (ley española) quedaría reservada para los supuestos de absoluta indeterminación de la residencia habitual y de la nacionalidad (apátrida)”.

niente para el menor. No obstante si el hijo no hubiere consentido en la declaración de filiación, cuando éste alcance la mayoría de edad podrá invalidar la misma (art. 125 CC). A partir de la constatación de este hecho, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ nos pone de relieve la falta de previsibilidad del precepto, el cual no establece matices, denotando de esta forma su debilidad⁴⁰.

38. Asimismo, no podemos perder de vista los resultados paradójicos a los que se puede llegar cuando el lugar de la residencia habitual del hijo sea España y la ley española no permita determinar la filiación, debiendo aplicarse entonces, según el mandato normativo la ley de la nacionalidad del hijo, ley que si permite la determinación de la filiación contradiciendo los principios básicos de la regulación de la filiación del sistema español, que en un primer estadio ha negado la posibilidad de acreditar la misma, será rechazada como contraria al orden público del foro, debiendo aplicarse en última instancia la ley sustantiva española; es decir, la ley que no permitió el establecimiento de la filiación.

39. Atendiendo a estos motivos y, dado que, como hemos señalado anteriormente, no resulta una novedad en nuestro sistema de Derecho internacional privado, el legislador español tendría que haber concretado en la norma las causas que determinan la no aplicación de la ley designada por la norma; esto es: la ley de la residencia habitual y la ley de la nacionalidad del hijo en el momento de la interposición a la demandada y en su lugar aplicar a la determinación de la filiación la ley sustantiva española.

E) La aplicación de la ley sustantiva española a la determinación de la filiación

40. Ya hemos señalado anteriormente que el legislador español considera que lo más beneficioso para el individuo es la determinación de su filiación y esta idea es la que subyace en la articulación de la norma. A tal fin, consagra como cláusula de cierre la aplicación de la ley sustantiva española, en la seguridad de que nuestra normativa permitirá la determinación de la filiación. Esta conexión ha sido también denominada “*conexión judicial*”⁴¹, dado que se entiende que si son nuestros tribunales los que están conociendo del fondo del asunto, al decaer la aplicación de las leyes contenidas en la norma de conflicto, lo normal y natural es que nuestros tribunales apliquen su propio derecho. No obstante, la redacción de la norma supone un mandato directo no condicionado a ninguna circunstancia, como que sean nuestros tribunales competentes. La regla general hasta este momento en la articulación de las normas de conflicto pasa por la especificación de este extremo, tanto en el ámbito de la UE, como en el convencional, como en nuestro derecho autónomo.

41. Asimismo, hemos de significar que la aplicación de la ley española como cláusula de cierre no constituye una novedad en nuestro sistema, ya que esta solución se contenía en el ya mencionado precepto que señalaba la ley aplicable a la separación y el divorcio, si bien, al adoptar esta solución con respecto a estas instituciones, la relación jurídica debía de tener unos determinados vínculos con el Ordenamiento Jurídico español, (que uno de los cónyuges fuera español o residiera habitualmente en España)⁴².

⁴⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”... Ob. cit. pp. 360-361.

⁴¹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Comentario al artículo 9.4 del Código civil”... ob. cit. p. 36.

⁴² Esta misma solución fue la que se adoptó en su momento en el art. 107.2 del CC, norma que, al regular la separación judicial y el divorcio se decantaba en primer lugar por la nacionalidad de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda, en defecto de ésta por la ley de la residencia habitual común determinada en el mismo momento y, a falta de ésta por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. Con independencia de lo señalado en dicho párrafo, en el punto segundo el precepto se inclinó por la aplicación de la ley española cuando se daban determinadas circunstancias, cuales son: que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. Los supuestos en que es de aplicación la ley española son tres: a) Si no resulta aplicable ninguna de las leyes mencionadas anteriormente, b) Si la demanda se pide ante los tribunales españoles por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro y c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero no reconocieren la separación o el divorcio o lo hicieran de una forma discriminatoria o contraria al orden público. Al respecto Vid. B. CAMPUZANO DIAZ. “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 del Código civil”. A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ. (Dir). *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid 2004, pp. 183 y 184. M.P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”. A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (Dir). *El derecho de familia ante el siglo*

42. En el caso de la filiación no se exige vínculo alguno con el Ordenamiento jurídico español para aplicar la ley sustantiva española en el supuesto en que las leyes propuestas con anterioridad (ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo) no posibiliten el establecimiento de la filiación. De este modo la norma obvia la función interpretativa del aplicador del derecho, en tanto en cuanto éste no tendrá en cuenta el derecho extranjero al que la norma de conflicto española remite si el mismo es contrario al orden público internacional español al no permitir el establecimiento de la filiación (art. 12.3 CC). El juez, únicamente gozará de esta labor interpretativa cuando la ley designada por la norma de conflicto remita a una Ordenamiento Jurídico que posibilite el establecimiento de la filiación, pero lo haga infringiendo los principios y derechos fundamentales sobre los que se asienta esta institución en nuestro sistema. La norma de conflicto se especializa a través de “una cláusula especial de orden público internacional”, la cual tiene el inconveniente de no atender a las circunstancias que concurren en cada situación privada internacional al obligar al juzgador a tener en consideración esta institución en una materia y circunstancias determinadas⁴³. La norma obvia así el principio de proximidad de la relación jurídica con el Ordenamiento español y se decanta por la consecución de un resultado de justicia material.

43. No obstante para determinar la vinculación que la relación de la filiación guarda con el Estado español hemos de acudir a los foros de competencia judicial internacional en esta materia, ya que, será en estos casos cuando los mismos apliquen la regulación contenida en el art. 9.4 pfo 1º del CC. La competencia judicial internacional en esta materia se haya consagrada en la LOPJ en el art. 22 *quarter* d)⁴⁴, el cual indica que nuestros tribunales serán competentes en materia de filiación cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso resida en España, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda. Asimismo será de aplicación el foro general del domicilio del demandado en España (art. 22 *ter*.1 LOPJ). De este modo, la vinculación de la filiación con el sistema español queda determinada a tenor de la residencia habitual del *presunto* hijo en España, y por la nacionalidad del demandante, el cual puede ser el propio hijo, el padre o la madre o la residencia habitual del demandante en España, en este supuesto el padre, la madre o el representante legal del hijo, así como la residencia habitual del demandante en nuestro Estado, como mínimo por un periodo de seis meses antes de de la presentación de la demanda⁴⁵.

F) Conflictos de civilizaciones en la ordenación de la filiación natural

44. No obstante, hemos de tener en cuenta que una de las dificultades que entraña la regulación de la filiación se centra, no tanto en el conflicto de leyes, sino en el conflicto de civilizaciones⁴⁶, al existir

XXI: aspectos internacionales. Madrid 2004, pp. 277 y 278. A.P. ABARCA JUNCO, “Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español: la reforma del artículo 107 del Código civil” *Pacis Artes. Ob. homenaje al Prf. Julio González Campos*. t II, Madrid 2005, pp. 1095-1116. M. D. ADAM MUÑOZ. “Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en el Derecho internacional privado español”. *Revista de Estudios Deusto*. Vol 56/2, 2008, pp. 191-216.

⁴³ En contraposición a “las cláusulas especiales de orden público” están “las cláusulas generales de orden público internacional”, las cuales poseen el grado de flexibilidad necesario para velar por los intereses en juego y posibilitar a los jueces la toma de una resolución acorde con las peculiaridades del caso concreto. Según H. AGUILAR GRIEDER estas últimas son más eficaces para solventar los conflictos de civilizaciones. Vid. “Derechos humanos fundamentales y respeto a la identidad cultural del individuo en un entorno crecientemente multicultural: una visión desde el Derecho internacional privado”. *Rev. de Der. Univ. de Piura*, vol. 7 de 2006. p.291.

⁴⁴ Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (*BOE* núm. 174 de 22 de julio de 2015, corr. err. *BOE* núm. 174 de 22 de julio de 2015).

⁴⁵ En nuestro Ordenamiento Jurídico las acciones de filiación son dos: la acción de reclamación (art. 131 a 135 del CC) y acción de impugnación (arts. 136 a 141 del CC). Dependiendo de la acción de que se trate y de la petición que se efectúe al juez, las personas legitimadas pueden ser el padre, la madre, e incluso sus herederos, cualquier persona con interés legítimo, cuando falte posesión de estado la filiación paterna o materna podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique, etc. El *dictum* de algunos de estos preceptos ha sido modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ya citada, concretándolos más en cuanto a sus requisitos y presupuestos y extendiendo la legitimación en las acciones a los herederos.

⁴⁶ P. MERCIER. *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Genève 1972. *passim*.

sistemas jurídicos que gozan de concepciones contrapuestas de la familia y, por lo tanto de los valores y derechos fundamentales que la inspiran⁴⁷. Así sucede, por ejemplo, en relación con los ordenamientos de países musulmanes en donde la filiación extramatrimonial con respecto al padre, no es que no se pueda establecer, simplemente no existe.

45. De este modo podría darse el caso de que una mujer de origen marroquí con residencia habitual en España inste la filiación, en representación de su hijo con residencia habitual en Marruecos, ante los tribunales españoles de un hombre de nacionalidad marroquí con residencia habitual en España. La nacionalidad cierta del hijo es la marroquí, ya que la maternidad está determinada, y su residencia habitual se encuentra en Marruecos, de forma que la ley marroquí no permite el establecimiento de la filiación, ya que se trata de un hijo extramatrimonial y, a los efectos de la paternidad, la misma es inexistente⁴⁸. Así, la filiación se tendrá que determinar por aplicación de la ley marroquí (ley de la residencia habitual y de la nacionalidad del hijo) y, en su defecto por la ley sustantiva española, a tenor de lo preceptuado en el art. 9.4 del Cc. De esta forma, el juzgador carece de capacidad para interpretar la norma y rechazar la aplicación de la ley marroquí al ser contraria al orden público internacional español, en tanto en cuanto, el art. 39.2 de la CE establece la igualdad de los hijos ante la ley, independientemente de su filiación (efecto negativo de la excepción de orden público internacional) y, en su lugar, aplicar la ley sustantiva española que posibilita el establecimiento de la filiación (efecto positivo de la excepción de orden público internacional). Simple y llanamente ha de aplicar la ley sustantiva española sin posibilidad alguna de razonamiento o motivación por su parte.

46. Hemos de señalar que la aplicación de la ley sustantiva española no es la que más proximidad denota en cuanto a la determinación de la filiación del hijo. Sin embargo, su aplicación queda justificada porque estamos ante la regulación de un derecho fundamental, cual es el derecho del niño a conocer a sus padres, en la medida de lo posible, para cuya consecución los Estados Partes en el Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁴⁹, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en el mismo⁵⁰.

47. Llegados a este punto resulta necesario señalar que la redacción otorgada por el legislador al párrafo 1º del art. 9.4 del CC, no es en absoluto casual. Si las conexiones están ordenadas en cascada, lo normal es que entren en juego una en defecto de otra. Así la ley sustantiva española regularía la filiación en defecto, en primer lugar de residencia habitual del hijo o de la imposibilidad de su determinación y, en segundo lugar, en ausencia de nacionalidad del hijo; sin embargo, el legislador en aras de la consecución del *favor filii*, da cabida a la aplicación de la ley nacional del hijo si la ley de su residencia habitual no permite la determinación de la filiación y, lo mismo sucede con la aplicación de la ley sustantiva española si la ley nacional del hijo no posibilita la atribución de la filiación. Situaciones que como hemos visto concurren en el ejemplo propuesto anteriormente⁵¹.

⁴⁷ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS. "filiación y alimentos"... ob. cit. p. 356.

⁴⁸ Sobre esta cuestión Vid., C. RUIZ SÚTIL". Efectos <maliciosos> de la paternidad legítima marroquí en España: una cuestión a resolver". M. MOYA ESCUDERO (Dir). *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-Marroquíes*. Valencia 2015, pp. 101-140. La misma autora, un estudio más profundo. *Filiación hispano-Marroquí*. (La situación del nacido en España de progenitor marroquí). Pamplona 2011. *Passim*.

⁴⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990).

⁵⁰ El art. 7 del Convenio establece que: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

⁵¹ Esta técnica de positivación ya fue utilizada por el legislador español en el art. 9.7 del CC, el cual, al regular la deuda alimenticia establecía que: "El derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y el alimentante. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común. En defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación".

III. La regulación del contenido de la filiación por naturaleza y del ejercicio de la responsabilidad parental

48. El párrafo segundo introducido en el art. 9.4 del CC presenta una serie de novedades en nuestro sistema, las cuales vamos a pasar a analizar en las líneas que siguen:

49. El contenido de la filiación ha sido separado de la determinación y el carácter, para ser regulado, junto con la responsabilidad parental, con arreglo al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁵².

50. A la luz de la redacción efectuada por el precepto, vamos a determinar a continuación, en primer lugar, cuál es el contenido de la filiación en nuestro sistema y, en segundo término si la regulación efectuada es adecuada o no.

1. Contenido de la filiación y responsabilidad parental

51. El contenido de la filiación se puede identificar con los efectos de la misma. De esta forma los efectos de la filiación se pueden clasificar del siguiente modo⁵³:

52. 1º) Efectos específicamente protectores, dentro de los cuales entrarían la patria potestad, representación legal, derechos de convivencia y asistenciales.

53. 2º) Efectos personales, entre los que se encontrarían los apellidos y la nacionalidad.

54. 3º) Efectos patrimoniales, como son los alimentos y las sucesiones.

55. Si examinamos nuestro sistema de Derecho internacional privado podemos comprobar que, tanto los efectos personales, como los patrimoniales, gozan de una regulación propia⁵⁴. Luego siguiendo la regla de interpretación jurídica básica que indica que ley especial prima sobre la ley general, podemos concluir que únicamente los efectos de la filiación que no gozan de regulación específica quedan regidos del modo en que se indica en el párrafo 2º del art. 9.4 del CC.

56. Así, el precepto diferencia el contenido de la filiación del ejercicio de la responsabilidad parental, concepto que se adopta por vez primera en nuestro sistema autónomo de Derecho internacional privado; Sin embargo, en nuestro Derecho no existe una definición de lo que ha de entenderse por *responsabilidad parental*, aún cuando el legislador indique en el art. 154 del CC que “*la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos...*”⁵⁵. ¿Significa este *dictum*

⁵² BOE núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.

⁵³ La clasificación la efectuamos siguiendo a P.P. MIRALLES SANGRÓ, “Filiación por naturaleza y adopción”, A.P. ABARCA JUNCO (Dir.). *Derecho internacional privado. Vol. II (Derecho civil internacional)*. 9ª Ed. UNED. Madrid 2014, p. 201.

⁵⁴ Así, por ejemplo el nombre y los apellidos se rigen por el art. 9.1 del CC, por el Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 sobre la ley aplicable a los nombres y apellidos (BOE núm. 303 de 19 de diciembre de 1989) y la normativa del Registro civil. La nacionalidad por los arts 17 y ss del CC., Los alimentos, a tenor del nuevo artículo 9.7 del CC del siguiente modo: “La ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya” y las sucesiones *mortis causa* por el Reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* (*mortis causa en cursiva*) y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOE U L 201/107 de 27-7-2012).

⁵⁵ Este término se adopta en la reforma del art. 154 del CC, efectuada por la Ley 25/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ya citada, el cual indica que: “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental*”. No entendemos lo que el

que nuestro sistema identifica patria potestad con responsabilidad parental o, por el contrario, lo que viene a decir es que la patria potestad es una institución que se encuentra incluida dentro de la responsabilidad parental? Teniendo en cuenta que la norma realiza una incorporación por referencia y nos remite para la regulación de la responsabilidad parental al Convenio de La Haya de 1996, podríamos acudir al mismo en busca de un término aclaratorio. Así, en su art. 1.1 c) nos indica que el Convenio tiene por objeto determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental, entendiendo por tal “*La autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño*” (art. 1.2); es decir, este precepto diferencia la “*autoridad parental*” de “*cualquier otra relación análoga*” que determine los poderes, derechos y obligaciones de los padres, luego podemos concluir que responsabilidad parental es un término amplio en el que queda enmarcada la patria potestad⁵⁶.

57. Posteriormente, el art. 3 del Convenio señala de una forma pormenorizada, las medidas y situaciones que pueden incluirse dentro de la responsabilidad parental. El modo en que está redactado este precepto puede llevarnos a equívocos en tanto en cuanto incluye en el término responsabilidad parental aquellas medidas que se refieren a la filiación propiamente dicha en su vertiente protectora y también otra serie de medidas de protección del menor al margen de la filiación, las cuales en nuestro sistema, quedan reguladas en el art. 9.6 del CC⁵⁷.

58. Hemos de diferenciar por lo tanto, dentro del ámbito de aplicación material del Convenio, aquellas medidas directamente relacionadas con la filiación incluidas dentro de la responsabilidad parental, la cual se regula en el art. 9.4 del CC, de aquellas otras medidas que tienen como finalidad la protección del menor, las cuales se rigen por el art. 9.6 del CC ya que, en nuestro derecho están perfectamente delimitadas. Prueba de ello es que están reguladas en preceptos diferentes, aunque en el Convenio gocen de una regulación unívoca⁵⁸ y así se plasme también en nuestro Ordenamiento. De esta forma, armonizando el art. 1 c) y el art 3 del Convenio podríamos concluir que la responsabilidad parental comprende, en nuestro Ordenamiento Jurídico, a los efectos de la filiación los siguientes aspectos: “*a) La atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación. b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual; y c) La designación y las funciones de toda persona encargada de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo*”⁵⁹.

legislador ha querido significar con esta redacción algo confusa. La patria potestad está incluida dentro de la responsabilidad parental y no tiene ningún sentido asimilar instituciones con contenidos distintos. Hubiera sido mucho más esclarecedor que la norma se hubiera pronunciado del siguiente modo: “*La patria potestad, como manifestación de la responsabilidad parental...*”.

⁵⁶ El concepto de responsabilidad parental también se contiene en el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) num. 1347/2000 (DOCE L 338/1 de 23 de diciembre de 2003), el cual en su art. 1,b señala que dicho Reglamento se aplicará a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, y, en el apartado 7 del art. 2 indica que por responsabilidad parental ha de entenderse “*los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita*”.

⁵⁷ Este precepto, a la luz de la reforma efectuada por la Ley 26/2015 de 28 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ya citada señala que: “*La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo*”.

⁵⁸ Se podrá argumentar en contra de este razonamiento que, en nuestro sistema, tanto la responsabilidad parental, como las medidas de protección de los menores se rigen por el Convenio de La Haya de 1996. No obstante, aunque la regulación sea la misma, nuestro derecho material diferencia claramente la responsabilidad parental, como medidas de protección del menor incluidas dentro de las relaciones paterno-filiales, de otras medidas de protección del menor al margen de dichas relaciones.

⁵⁹ Sobre la coordinación del Reglamento 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996, Vid. F. GARAU SOBRINO, “*Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño*”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, N° 1, pp. 282-289.

59. Una vez concretado el concepto y contenido de responsabilidad parental, en los aspectos que afectan a la filiación, podemos comprobar como “*el contenido de la filiación*”, al que nuestro derecho de fuente autónoma se refiere, se puede incluir, sin necesidad de recurrir a ninguna interpretación forzada, dentro del contenido de la responsabilidad parental, lo cual nos conduce a afirmar que el legislador español en la redacción de la norma efectúa una duplicidad del supuesto de hecho, utilizando conceptos tradicionales de nuestro Sistema Jurídico, los cuales ya están incluidos en instituciones mucho más amplias asumidas en el ámbito convencional y de la Unión Europea. De esta forma, nuestro legislador diferencia el contenido de la filiación natural por una parte y, por otra la responsabilidad parental, cuando la segunda incluye al primero, en tanto en cuanto, como ya hemos señalado anteriormente los efectos personales y patrimoniales, incluidos dentro del contenido de la filiación, gozan de su propia regulación. De este modo la norma establece una distinción entre dos instituciones que en la realidad no existe a efectos de la filiación: es decir, el término “*contenido de la filiación*”, tiene entidad por sí mismo y en nuestro Derecho comprende el haz de derechos y obligaciones entre padres e hijos, aún cuando éste haya alcanzado la mayoría de edad. El que el legislador se refiera con ocasión de la regulación de la filiación a la responsabilidad parental lo único a lo que puede conducir es a equívocos. Así, el precepto hubiera sido mucho más esclarecedor si en su articulación “*el contenido de la filiación*” se hubiera significado como parte de la responsabilidad parental, al igual que se ha efectuado en el art. 154 del CC al regular la patria potestad, aunque, por otra parte, hubiera sido mucho más acertado que el legislador hubiera seguido utilizando el concepto de “*el contenido de la filiación*”, acompañado del concepto de “*las relaciones paterno-filiales*”, (seguidamente expondremos el motivo de nuestra posición)⁶⁰, como tradicionalmente ha venido haciendo, en la seguridad de que con el recurso a estos términos hubiera expresado de una forma mucho más categórica la materia regulada.

60. No obstante, la redacción dada al precepto puede quedar justificada, por una parte, en cuanto medio para evitar un posible conflicto de calificaciones, por otra, como previsión de que los efectos personales y patrimoniales de la filiación natural carezcan en algún momento de una regulación específica y, por último por el afán del legislador español de adecuar nuestra normativa interna a las tendencias convencionales e institucionales.

61. Por otro lado, hemos de advertir que ha desaparecido del precepto la referencia a las “*relaciones paterno-filiales*”⁶¹, término que se mantiene en el CC (Título VII, a pesar de la reciente reforma de julio de 2015) y también en las normas sobre competencia judicial internacional⁶². Es sabido que algunas de las relaciones paterno-filiales perduran aún cuando el hijo haya salido de la minoría de edad (art. 154 y ss. del CC), como por ejemplo el deber de respeto a los padres, o la contribución de forma equitativa y según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras conviva con ella⁶³. ¿Quiere esto decir que el legislador ha entendido que el “*contenido de la filiación*” y “*las relaciones paterno-filiales*” son conceptos equivalentes?⁶⁴ Si la respuesta es afirmativa nos encontramos con una nueva regulación en la que ya existen lagunas legales porque en este caso no podemos equiparar responsabilidad parental a relaciones paterno-filiales, toda vez que las instituciones que se incluyen en

⁶⁰ Vid. *infra*.

⁶¹ Algunos autores ya manifestaron antes de que se efectuara esta regulación que el art. 9.4 del CC quedaba hibernado en cuanto a la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales, ya que las mismas se regían por lo preceptuado en el Convenio de La Haya de 1996. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional privado*. Vol. II, 14^a Ed. Granada 2014-2015, pp. 278 y ss. J.C. FERNANDEZ ROZAS y S.A. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*. Ob. cit. ed. de 2015, pp. 444-445.

⁶² El art. 22 *quarter* d) de la LOPJ señala la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de filiación, de relaciones paterno-filiales, de protección de menores y de responsabilidad parental (ya nos hemos referido con anterioridad a este precepto).

⁶³ Amén de la relación sucesoria, alimentos, nombre, etc. relaciones que ya hemos indicado anteriormente que gozan de una regulación especial. Vid. *supra*.

⁶⁴ El anterior art. 9.4 del CC diferenciaba estos dos aspectos, lo cual a tenor de un sector doctrinal no tenía ningún sentido al constituir una reiteración, ya que ambos términos aludían a los derechos y deberes que existen entre padre e hijos derivados del establecimiento de la filiación. Vid. N. BOUZA VIDAL, “Artículo 9.4 del Código civil” *Comentarios a las reformas del Código civil*. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord). Madrid 1993, p. 21.

la primera en nuestro derecho dejan de tener efecto cuando el hijo alcanza la mayoría de edad; es decir, a los dieciocho años⁶⁵. Para cubrir esta laguna legal tendremos que acudir al art. 9.1 del CC que señala de forma genérica la ley aplicable al estado civil, de manera que la ley aplicable a estos aspectos de la filiación será la ley nacional del hijo. Por otra parte, ¿Se podría interpretar que el párrafo 2º del art. 9.4 del CC efectúa un incorporación por referencia en cuanto a la materia regulada; es decir, las relaciones paterno-filiales, pero sin tener en cuenta la edad del sujeto?, ya que siendo así, sería aplicable la ley de la residencia habitual del hijo a esta serie de relaciones que continúan vigentes entre padre e hijo una vez que éste alcanza la mayoría de edad. No obstante, esta interpretación nos parece a todas luces forzada, ya que las instituciones que comprenden el ámbito de aplicación material del Convenio de 1996 no incluyen este haz de relaciones jurídicas que perviven aún cuando el sujeto sea mayor de edad.

2. La ley aplicable al contenido de la filiación natural y a la responsabilidad parental

62. Para regular estos aspectos el art. 9.4.II del CC se remite a lo preceptuado en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el cual establece en su art. 17 que el ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño. En caso de cambio de residencia habitual, se regirá por la ley de la nueva residencia habitual. Asimismo manifiesta en su art. 15.1 que la ley aplicable será la ley de la autoridad que resulte competente a tenor de lo establecido en los arts. 5 a 14. Como regla general serán competentes para adoptar las medidas de protección de la persona y los bienes del niño las autoridades donde éste tenga su residencia habitual (art. 5.1), si bien, si el niño cambia de residencia habitual serán competentes las autoridades de la nueva residencia habitual (art. 5.2). Así pues la ley aplicable al contenido de la filiación natural y a la responsabilidad parental será la ley de la residencia habitual del hijo y, si éste cambia de residencia habitual, el conflicto móvil se solucionará aplicando la ley de la nueva residencia habitual (art. 15.3).

63. De este modo, si la determinación de la filiación se efectúa atendiendo a la residencia habitual del hijo, todos los aspectos de la filiación, la determinación, el contenido de la filiación y la responsabilidad parental se van a regir por la misma ley.

64. Así, la regulación será unívoca, lo cual no sucederá si la filiación se ha determinado por la ley de la nacionalidad del hijo o por la ley sustantiva española, si es que el hijo no tiene su residencia habitual en el Estado de su nacionalidad o en España⁶⁶.

65. A mayor abundamiento, el art. 15 del Convenio en su apartado segundo indica que, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, las autoridades pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. A tenor de esta cláusula de excepción, la ley de la residencia habitual del hijo cede en su aplicación ante la ley del Estado con el que el contenido de la filiación o la responsabilidad parental tengan un vínculo estrecho. Con la determinación de la aplicación de esta última ley el Convenio se decanta por admitir la idoneidad de la misma, aunque de forma excepcional, en lugar de la ley de la residencia habitual del niño, en nuestro caso hijo. De nuevo observamos como la regulación unívoca de todos los aspectos de la filiación, como así ha reivindicado tradicionalmente la doctrina⁶⁷, queda en entredicho ya que, es posible que la determinación de la filiación se efectúe a tenor de la ley de la

⁶⁵ Art. 12 de la Constitución y su desarrollo en el art. 315 del CC.

⁶⁶ En relación a la cuestión de que todos los aspectos de la filiación queden regulados por una misma ley, ya hemos señalado anteriormente (Vid. nota 11) que esta es la tendencia mayoritaria de la doctrina. No obstante, otro sector doctrinal se decanta por la dispersión normativa en favor de la mejor protección del menor a través de la ley más vinculada. Vid este debate doctrinal en M.P. DIAGO DIAGO, "La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos"... ob. cit. pp. 159-163.

⁶⁷ Vid *supra*.

residencia habitual del hijo y el contenido de la misma, conjunto de relaciones jurídicas que dependen directamente e incluso que nacen como consecuencia del establecimiento de la filiación, queden regidas por una ley diferente⁶⁸.

66. No obstante la aplicación de la ley del Estado con el que el contenido de la filiación o la responsabilidad parental presenten un vínculo más estrecho, puede servir de nexo unificador en cuanto a una única ley aplicable, tanto a la determinación de la filiación natural, como al haz de relaciones que la misma lleva aparejadas, ya que la ley del Estado mediante la cual la filiación natural ha sido determinada puede ejercer una *vis* atractiva en relación con el conjunto de relaciones que la misma conlleva, en tanto en cuanto ley del Estado con el que el contenido de la filiación y la responsabilidad parental presentan un vínculo más estrecho.

IV. Conclusiones

67. 1^a) El legislador español con la reforma efectuada en el art. 9.4 del CC ha tratado de darle un nuevo giro a la regulación de la filiación natural buscando fundamentalmente dos objetivos: por una parte fomentar el *favor filii*, como opción más beneficiosa para el individuo y, por otra, adaptar nuestro sistema de Derecho internacional privado a las nuevas tendencias existentes en el ámbito convencional y en la Unión Europea.

68. 2^a) Para lograr el primer objetivo la norma recurre a la aplicación jerarquizada de la ley de la residencia habitual del hijo y, a falta de la misma o, si ésta no permite el establecimiento de la filiación, a la ley de la nacionalidad del mismo y si ninguna de estas leyes es de aplicación o no permiten la determinación de la filiación, la ley aplicable será la ley sustantiva española. Constituye una novedad en nuestro sistema que una norma de fuente autónoma opte en primer lugar y no de forma residual, como se ha venido haciendo hasta ahora, por la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona para regir el estado civil de la misma y sitúe a la ley nacional del individuo en un lugar supletorio, rompiendo así con el devenir de nuestro sistema de Derecho internacional privado, el cual se ha decantado tradicionalmente por la aplicación de la ley nacional del individuo al estatuto personal. La razón fundamental de este cambio radica, entre otras causas, porque la ley de la residencia habitual constituye el centro de vida real de la persona, el lugar donde está arraigado y donde constituye sus relaciones cotidianas, es el lugar con el que se encuentra verdaderamente vinculado y es la conexión más idónea, dada la creciente movilidad de las personas en el mundo actual.

69. 3^a) Siguiendo la orientación del *favor filii* la norma establece una cláusula de cierre que posibilite atribuir en todo caso la filiación, cual es la aplicación de la ley sustantiva española. Aplicación que queda justificada en tanto en cuanto se trata de la salvaguarda de un derecho fundamental. Sin embargo, en lugar de determinar la aplicación de la ley sustantiva española sin limitación alguna, hubiera sido mucho más acertado que la norma hubiera contemplado las circunstancias por las cuales la ley de la residencia habitual o la ley de la nacionalidad del presunto hijo no pueden establecer la filiación, para así justificar la aplicación de la ley sustantiva española. El legislador se decanta por la aplicación de la ley sustantiva española en la certeza de que lo más beneficioso para el individuo es la determinación de su filiación, cuando ya hemos visto en líneas atrás que puede que esta concreción no sea lo más favorable para el sujeto.

70. 4^a) Enlazando con el segundo objetivo, hemos de significar que las soluciones contenidas en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 *relativo a la competencia, la ley aplicable, el recono-*

⁶⁸ A favor de la disparidad en la regulación de la determinación de la filiación y de las consecuencias que de la misma se derivan, como son las relaciones paterno-filiales, Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. *Filiación hispano-suiza (Sistemas de D.I.Pr. y relaciones concernientes a la emigración española)*. León 1989, p. 221.

cimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, al que el párrafo 2º del art. 9.4 se refiere, si bien dirigida a la regulación del contenido de la filiación y de la responsabilidad parental, son algo más flexibles que las contenidas en nuestra norma de conflicto ya que, el Convenio señala como aplicable a la responsabilidad parental la ley de la residencia habitual del menor y excepcionalmente la ley con la que la relación presente unos vínculos más estrechos. El convenio deja sin efecto la aplicación de la regla general, la residencia habitual del menor, cuando la relación jurídica presente los vínculos más estrechos con otro Estado, mientras que en la regulación efectuada por el legislador español en relación con la determinación de la filiación, el principio de proximidad de la relación jurídica con el Estado español, cede en aras de la consecución de un resultado de justicia material: la atribución de la filiación mediante la aplicación de la ley sustantiva española

71. 5ª) El párrafo 2º del art. 9.4 del CC se remite a la regulación articulada en dicho Convenio para regir el contenido de la filiación y la responsabilidad parental. Este último concepto no está definido en nuestro Derecho, ya que la terminología tradicional en nuestro Ordenamiento es el *contenido* o los *efectos* de la filiación, de manera que, para determinar el concepto y contenido de la responsabilidad parental hemos de acudir al propio Convenio, concluyendo que este término se refiere a aquellas relaciones que comprenden una serie de derechos y deberes entre las partes integrantes de la relación jurídica, pero que sin embargo las mismas escapan con mucho de aquellas que se refieren con exclusividad a la filiación, encontrándose dentro del ámbito de la responsabilidad parental situaciones o relaciones que en nuestro derecho se contemplan al margen de la filiación y que se corresponden con las medidas de protección del menor, como la tutela, la curatela, la protección otorgada por organismos públicos, etc. Quedando reguladas las medidas correspondientes a una u otra institución en preceptos separados. A saber, el art. 9.4 y el art. 9.6 del CC.

72. 6ª) Así las cosas, podemos afirmar que el contenido de la filiación por una parte, constituye un haz de relaciones jurídicas que están incluidas dentro del concepto de responsabilidad parental y, por otra que en dicho contenido se incluyen un conjunto de relaciones jurídicas que quedan fuera del ámbito de la responsabilidad parental. Por lo tanto ¿qué sentido tiene que el legislador adopte esta terminología cuando la misma no se corresponde con el instituto que pretende regular? La respuesta a esta pregunta la podemos encontrar en el afán que el legislador interno muestra en adecuar nuestra normativa a la regulación convencional y de la Unión Europea, ya que, al ser el Convenio de la Haya de 1996 de naturaleza *erga omnes*, el art. 9.4 del CC quedaba hibernado en aquellos aspectos relativos al contenido de la filiación incluidos en el ámbito de la responsabilidad parental. No obstante, la regulación efectuada mediante la técnica de la incorporación por referencia sin tener en cuenta la disparidad de instituciones y la regulación autónoma que las mismas tienen en nuestro sistema jurídico, pueden llevarnos a equívocos nada deseables porque de hecho nos encontramos de nuevo ante una regulación de la filiación natural y de sus efectos nada esclarecedores. Hubiera sido mucho más adecuado recurrir a nuestros conceptos tradicionales, como son el contenido de la filiación y las relaciones paterno-filiales, remitiendo su regulación a lo preceptuado en el Convenio de La Haya de 1996.

THE TEN COMMANDMENTS OF PARALLEL TRADE

LOS DIEZ MANDAMIENTOS SOBRE EL COMERCIO PARALELO

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Prof. visitante lector de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 22.07.2016 / Aceptado:29.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3253>

Abstract: Parallel trade is not a new issue, but the problems caused by this phenomenon are current. Parallel importations take place specially related to some products, such as medicines or cosmetics. One of the reasons is because there is price difference for the same products across Europe. In the present article we will study through ten questions what parallel trade is, why it arises and the legal problems it causes regarding mainly three disciplines such as industrial property, competition law and unfair competition.

Keywords: parallel trade, trade mark, exhaustion, pharmaceutical products, free rider.

Resumen: El comercio paralelo no es un tema nuevo, sin embargo, los problemas que este crea sí que lo son. Las importaciones paralelas están especialmente vinculadas con determinados productos como los medicamentos y los cosméticos. Una de las razones que lo explican es la diferencia de precio para el mismo producto en atención al país de la Unión en el que nos encontremos. En el presente artículo a través de la formulación de diez preguntas estudiaremos qué es el comercio paralelo, por qué surge y los problemas que origina en relación a tres disciplinas como son la propiedad industrial, el derecho de la competencia y el derecho de la competencia desleal.

Palabras clave: comercio paralelo, marca, agotamiento, productos farmacéuticos, distribuidor independiente.

Sumario: I. Introduction. II. What is Parallel trade?. III. Why does parallel trade take place?. IV. Who benefits from it?. V. How does parallel trade arise?. VI. What is the legal bases of parallel trade?. 1. General Approach. 2. Free movement of goods. 3. Exhaustion of trade mark rights. VII. Are there any limits to the exhaustion. 1. Introduction. 2. Re-packing. VIII. What happens with luxury products? IX. How to protect the official network and the brand from unfair competition. 1. Unfair competition illicit against free riders. 2. Proof and the relationship between unfair competition and infringements of trade mark rights. X. What are the usual practices to restrict parallel trade?. XI. What about the parallel trade of pharmaceutical Products in EU?. 1. Introduction. 2. Problems. A) Shortages. B) Supply quota and dual price by pharmaceutical companies. a) Introduction. b) Supply quota. c) Dual pricing.

I. Introduction

1. The main goal of this article is to study the parallel trade and its implications for Brands, distribution and European Competition Law¹. Parallel trade is not a new issue; the first cases about parallel trade took place more than forty years ago, starting as soon as the European Union was born.

¹ Part of this text was presented in the “Sixth Max Planck PostDoc Conference on European Private Law” which took place at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg, Germany, from 18 to 19 April 2016. I would like to thank the Directors of the Max Planck Institute the opportunity to have been there and the organizing team for all the attentions.

Although parallel trade is not a recent phenomenon, it does not mean it is not a current legal problem. To prove that, we only have to look at some cases that are pending in some European jurisdictions like the Spanish one, where the judges have to decide how to solve some of the problems parallel trade causes regarding, *ad ex.*, the Schweppes case².

2. The present study is going to be divided in ten questions. These questions let us deal with the main problems parallel trade causes in the different markets across European Union.

II. What is Parallel trade?

3. Parallel trade refers to the sale of products outside the official distribution network. It happens when a genuine product, branded goods, are imported and sold in a market without the consent of the owner of that trade mark³. The important thing is that the sale in the importing country is made by

² Among others, *ad ex.*, *Juzgado de lo mercantil* of Santander of 21 March 2016, AC\2016\604. This case is pending in many courts in Spain, thousand of bottles of tonic have been removed the market since 2014. The reason is that tonic was made in United Kingdom (hereinafter UK) and was sold in Spain by parallel traders. These parallel traders were non authorized distributors by the owner of the brand Schweppes for Spain. To understand better this case is necessary to know its background: the tonic sold in Spain under the brand *Schweppes* belongs to *Orangina Schweppes company*, this company at the same time belongs to *Suntory group*, an important Japanese group of beverage. However, the brand Schweppes for tonic made in England belongs to *Coca Cola Group*. Therefore, two trade marks (*Schweppes*) have two owners inside UE. *Coca Cola* is the manufacturer and the official distributor for the tonic Schweppes for UK, Ireland and Greek. While *Orangina Schweppes company* is the manufacturer and official seller to all countries in the European Union (also Spain), with the exception of UK, Ireland and Greek. Spanish drinks distributors cost less money to import English tonic than to buy to official Spanish distributor in Spain. However, this situation doesn't like *Orangina Schweppes*. This company doesn't want that another company sells tonic *Schweppes* manufactured abroad in Spain. Therefore in base of its trade mark right has tried to stop the parallel trade of British Schweppes tonic in Spain. The legal arguments used by *Orangina* to hold its position were basically: parallel trade damage the trade mark because its existence hinder the trade mark to fulfill its essential task in the market what is indicate the origin of the product. The sale of the same products (tonic) with the same brand (*Schweppes*) but manufactured by two different companies can confuse the consumer. He will not be able to know the features of the product he is buying. Each company manufactures the tonic according to its criteria, and that do not necessarily match between the two. The brand fulfill an essential task in the market, the consumer chooses a product for its features, if these are not continuous, the quality change, the consumer can stop buying that brand. Definitely, the legal reasoning follows for the majority Spanish courts has been similar to the decision of the European Court of Justice in *Ideal Standard Case* in 1994 (ECJ of 22 June 1994, *Ideal Standard*, C-9/93, *Rep.* 1994, p. I-02789) In that case, the Court understood that it is possible to isolate the markets when there are two owners of different trade marks for two Member States as long as these proprietor companies are not economically linked. This is because the essential function of the brand mark is adversely affected because it is not possible to guarantee that all goods bearing the same brand have been manufactured under the control of a single undertaking which is accountable for their quality. Which weighs more? , freedom of importation or trade mark rights? To date the balance is tipped in favor of the trade mark right.

³ Regarding parallel trade *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 Comandments of Parallel Importation", *Law and Policy in International Business*, I, n° 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° 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 paralleles 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", *13Brook. J. Int. l*

an agent that is not a member of the official distribution network⁴. This agent is known as *free rider* or *parallel importer*.

The *free rider* buys the goods in a market or economic area (the exporting country) where the prices are lower than in the importing country. The unofficial member sells the goods cheaper in the importing market than the official network does⁵.

III. Why does parallel trade take place?

4. The main reasons why parallel imports take place could be summarized in three factors⁶: 1) markets where there are restrictions of competition; 2) different prices depending on the sales market; 3) cross-border element.

5. Regarding *markets where there are restrictions of competition* it is necessary to say that these restrictions serve the purpose of establishing limited distribution. In other words, selective distribution or exclusive distribution. These systems don't allow the products to be sold by anyone. In the selective distribution the members are chosen according to qualitative criteria⁷. These criteria should be objective and according to quality aspects related to the store, staff, pre-sale and after-sale services, etc.⁸. These criteria are according to the glamour and standing of the brand. For this reason, this system is usually used for luxury products like cosmetics, perfumes, jewelry, technological products, etc. This is an exception to the prohibition of restrictions of the territory according to art. 4.b.iii *Regulation 330/2010 of 20 April 2010 Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the*

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.

⁴ According to the European Union Definition, parallel imports are "*products imported into one Member State from another and placed on the market in the destination Member State, outside the manufacturer's or its licensed distributor's formal channels. Parallel imports tend to occur when price levels for similar products between two Member States are significantly different, either as a result of national regulations or of manufacturers' policy. That creates an incentive for traders to buy products in the Member State where they are priced lower and sell them in the Member State where they are priced higher, at a price which allows the trader to make a profit*". *Vid.* Commission Communication on parallel imports of proprietary medicinal products frequently asked questions, Brussels, 19th January 2004, available in http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-04-7_EN.htm?locale=en.

⁵ *Vid. ad ex.*, ECJ 6 January 2004, *Bayer*, Cases C-2/01 P y C-3/01 P, p. I-64. The Case Bayer is a clear example of what parallel trade is, the Bayer Group is one of the most important pharmaceutical companies in the worldwide. It is present in all Member States through its subsidiaries, being a leader in the chemical and pharmaceutical sector. Bayer sells, among many other drugs, a product known under the name Adalat and Adalat. As it is known, governments set prices of medicines in many Member States. The prices for this medicine were lower in France and Spain than in the UK, between 1989 and 1993. This situation led to wholesalers to buy more quantities of the drug in Spain and France in order to resell in the UK at a higher price. Due to the existing parallel trade on the product, Bayer suffered significant losses in the UK because their sales were down by almost half. *Vid.* About this case and the parallel trade in pharmaceutical products, A. GARCÍA VIDAL, "El comercio paralelo de medicamentos", *CDT*, octubre 2013, vol. 5, n° 2, pp. 317 y ss.

⁶ We have defended this idea in a previous article, *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, "Los derechos de copyright fuera de juego como vía para combatir las importaciones paralelas en Estados Unidos", *CDT*, vol. 7, n° 2, octubre 2015, pp. 24-44.

⁷ About the criteria to select members in the selective distribution network, *vid.* 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. 792-799; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 35, this author remarks an important aspect what distinguish selective distribution from other ways of distribution, "*la característica esencial de la figura no es la selección de los distribuidores, presente en todas las formas de comercialización de bienes y servicios, sino que se impone esa selección a todos los miembros del sistema. Es decir, tanto el fabricante como los empresarios que hayan contratado con él podrán suministrar los productos exclusivamente a los comerciantes que reúnan los requisitos exigidos por el fabricante y estén dispuestos a realizar las prestaciones exigidas —o bien a los consumidores finales—*". In the judgments of ECJ, *vid. ad ex.*, ECJ 25 October 1977, *Metro I*, case 26/76, *Rep.* 1977, p. 1877, par. 20; ECJ of 11 December 1980, *L'Oréal*, case 31/80, *Rep.* 1980, p. 3776, par. 16; ECJ of 19 July 1980, *Lancôme*, case 99/1979, *Rep.* 1989, p. 2511, par. 20; ECJ of 16 June 1981, *Salonia*, case 126/80, *Rep.* 1981, p. 1565, par. 24; ECJ of 11 October 1983, *Demo-Studio Schmidt*, case 210/81, *Rep.* 1983, p. 3046, par. 2; ECJ 25 October 1983, *Telefunken*, C-107/82, *Rep.* 1983, p. 3155, par. 35; ECJ of 3 July 1985, *Binon*, case 243/83, *Rep.* 1985, p. 2034, par. 31; ECJ of 22 October 1986, *Metro II*, case 75/84, *Rep.* 1986, p. 3076, par. 37.

⁸ *Guidelines on Vertical Restraints* (OJ C-130/1, 19.05.2010), par. 175.

Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (hereinafter R. 330/2010)⁹. Therefore if a distributor does not fulfill the qualitative criteria, it can be excluded by the proprietor of the network¹⁰. But *a contrario sensu* if the distributor fulfills the objective criteria, it cannot be excluded; this could be an antitrust illicit on grounds of art. 101.1 TFEU¹¹.

Regarding exclusive distribution, the chain is formed based on quantitative criteria. The qualitative criteria are not as important as the number of distributors per area¹².

To sum up, both systems limit the access to the network. Not everyone can sell the products, only authorized members.

In contrast with limited distribution, we can find open distribution. In this kind of distribution system, there are not restrictions to be a member, anyone can be one. The products which are sold under open distribution are not subject to parallel trade. The reason is that the price is the same in all the markets where the product is sold.

6. This allows us to move to the second factor or consideration, *the different price for the same goods depending on the sales market*. This price difference is due to three reasons:

- 1) *Standard of living*. There are countries where the rent per capita is higher than in others. This situation means that in these countries the citizens have more money to spend. Brands, or rather companies after these brands- manufactures, suppliers, distributors- are aware of that and they try to make as much profits as possible. Increasing the price in luxury products without a reason has become a usual practice.
- 2) *Cost of the distribution network*. Directly related to the above, the price difference among countries is due to the cost of the distribution network. There are countries where establishing a distribution system is more expensive than in others. The cause could be the cost of the Staff's salaries, the presale and after sale services or the publicity fees, because they are different among countries. Naturally these costs have an effect on the price of the products.
- 3) *Currency fluctuations*. The change in the value of money is another factor that explains why the goods do not have the same price in all the countries where they are sold¹³.

7. Finally, the last factor would be the *cross-border element*. Parallel trade is difficult to understand without this foreign element, buying in one country to sell in another. The business works if the margin of profit is enough to cover the cost of the importation, transportation, etc.

IV. Who benefits from it?

1. Regarding this question there have been different opinions, depending on who you ask about it. According to *free riders*, parallel trade is positive for the consumers and the markets¹⁴. They think parallel imports are an alternative in the supply. It implies more competence for the market because the

⁹ OJ L 102/1, 23.4.2010.

¹⁰ ECJ 25 October 1977, *Metro I*, case 26/76, *Rep.* 1977, p. 1877, par. 20.

¹¹ ECJ 25 October 1983, *Telefunken*, C-107/82, *Rep.* 1983, p. 00767, par. 37. *Vid.* against this opinion, P. GONZÁLEZ DE ZÁRATE CATÓN/J. MARCOS RAMOS, "La negativa de suministro por parte del fabricante en los sistemas de distribución selectiva: ¿acuerdo entre empresas o conducta unilateral?", *Rcd*, n° 16, 2015, pp. 5 y ss, these authors have hold that it is not possible to understand the refusal by the manufacture to be a member when a distributor fulfill all the objective requirements is an unlawful practice contrary to art. 101.1 TFEU. From their opinion, such a practice cannot be an agreement among manufacturer and all the official distributors, this refusal is an unilateral conduct and this should be exempt from prohibition.

¹² Regarding the exclusive distribution *vid., ad ex.*, R. ALONSO SOTO, "Tipología de los contratos de distribución comercial", 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, pp. 63-68; 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.

¹³ Commission Decision of 8 May 2001, *Glaxo Wellcome*, OJ L 302, 17.11.2001, pars.30-32.

¹⁴ *Vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015, p. 127.

official distribution network loses the exclusivity to be the only one selling products in that market. According to them, parallel trade keeps the prices in check.

In line with this vision, the European Commission has showed his position regarding parallel trade in several decisions¹⁵.

2. However, this opinion about who are the beneficiaries of parallel trade is not shared by manufactures and official members of a distribution network. According to them, free riders are parasites whose business consists in taking advantage of the official network services and the brand image¹⁶. They think parallel trade doesn't offer positive aspects for either market or consumers, besides, in the case of pharmaceutical products, its existence discourages the investment in research and development¹⁷.

3. From our point of view, we consider that the beneficiaries of this kind of trade could be: the parallel agent or independent distributor, the single market and the consumers.

The independent distributors can develop a way to make business. Parallel trade allows them to be present in a market as competitive as this one. These agents could be the most beneficial ones, because they can take advantage of the different prices of the product and the good reputation of a brand. However, they are not the only ones. The single market is more real, the competence is more effective with the existence of parallel trade. There are fewer barriers between Member States. One of the reasons is because the official distribution network is not alone in the market; parallel traders compete with the official distribution network reducing practices which try to divide the European market¹⁸. The consumer can benefit from parallel trade in two ways. Indirectly, the more agents in a market, the more competence there is. Therefore, under these conditions we can presume that the prices of the products are usually lower when there is no monopoly. Directly, because the consumers can buy branded products, genuine products more low-priced than if they buy the products from official distributors.

V. How does parallel trade arise?

4. The most common reason is usually the disloyalty of the official members of the network. The official members are the ones who sell the products to independent resellers, agents that do not belong to the official distribution network. These acts are usually prohibited by the agreement between the owner of the network and the official distributor. Selective distribution contracts can include clauses to prevent

¹⁵ Commission Decision 8 May 2001, *Glaxo Wellcome*, OJ L 302, 11.11.2001; Commission Decision of 13 July 1987, *Sandoz*, OJ L 222 de 10.8.1987.

¹⁶ Using the reputation of another person to take advantage of his prestige could be an illegal act according to unfair competition regulation. In fact, this kind of acts could be in conflict with art. 12 Ley de Competencia Desleal española. *Vid.* C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 358-360; 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. 174-175; J. MASSAGUER FUENTES, "La protección de los sistemas de distribución selectiva ante las ventas grises" en Homenaje a H. BAYLOS, *Estudios sobre derecho industrial*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1992, pp. 463 y ss; 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. 730.

¹⁷ CFI of 27 September 2006, *GlaxoSmithKline*, T-168/01, *Rep.* 2006, p. II-02969, pars 146 y 258.

¹⁸ *Vid.* CFI of 9 July 2009, *Peugeot*, Case T- 450/05, *Rep.* 2009, p. II-02533, where Peugeot Nederland, a wholly-owned subsidiary of Peugeot S.A., organizes and runs the Peugeot products and services distribution network in the Netherlands. Peugeot S.A. in association with Peugeot Nederland had applied measures (known as remuneration system) designed to restrict parallel exports from the Netherlands to other Member States. These measures aimed to the exclusion of export sales from a bonus system. Bonus official car dealers to sell in Netherland, but this bonus disappeared when the cars were going to be exported. It clearly manifests the will to treat export sales less favourably than national sales and thus leads to a partitioning of the market in question. The Court held that these measures were contrary to Article 81(1) EC, current 101.1 TFEU, because it was an indirect way to restrict parallel trade and to partition the market among member states.

resales to third parties who are not members of the official network¹⁹. The reasons for this disloyalty by an official distributor may be varied; from the need to get rid of stock of products from past seasons to the temptation to earn more money with a single sale. This failure causes a “shortfall” in the official distribution network.

On other occasions, the shortfall in the distribution network is due to the owner of the distribution network selling goods to third parties (non-official members) to resell them outside European Economic Area (EEA). The problems come up when the third party breaches the agreement and ends up selling the products in the area or country where it is specifically forbidden to resell the products, *ad ex.*, in some of the European Union countries²⁰. This is another way parallel trade appears.

5. Parallel imports can also take place in a market due to the configuration of the official distribution network. In other words, when a product is sold in many countries, one of the ways is to use an indirect distribution channel as selective distribution system. But often establishing a selective distribution system in all the markets where the products are marketed is impossible. Either because it is expensive, or because there are no agents that meet the requirements that the network requires. For that reason, the network owner chooses other options to sell the products in that market. For example, exclusive distribution. Furthermore, the official network could market the products in some countries through selective distribution and in other through exclusive distribution. This organization makes the existence of parallel trade possible “the prohibition to sell products to non-official members” can only be required to official distributors in the territories in which the network operates through that system. Therefore, in the countries where the products are sold through other distribution system such as the exclusive one, it is not legal, at least from the European competition law, such prohibition. Consequently, official members who sell through selective distribution in a European country can find products sold by independent agents in their market. This is possible because these free riders can get the goods from official members who market the products through an exclusive distribution system²¹.

VI. What is the legal basis of parallel trade?

1. General Approach

6. Parallel importations are not specifically regulated in a European text. Although there are no references to parallel trade in Regulations like the TFEU or secondary European legislation, the Euro-

¹⁹ The effect of these clauses in selective distribution agreements have been very studied under European Competition Law. These clauses are legal as long as they are implemented in territories where is established a selective distribution network. *Vid. C. GÓRRIZ LÓPEZ, Distribución Selectiva y ...*, *op. cit.*, pp. 205-206.

²⁰ ECJ of 28 April 1998, *Javico*, C-306/96, *Rep.* 1998, p. 173, pars. 10-28. *Yves Sant Laurent* agreed with *Javico*, German distributor, that *Javico* would sell cosmetics under the trade mark *Yves Sant Laurent* in Russia, Slovenia and Ukraine. The destination of the goods was precise: outside of EEA. Moreover, the agreement contained a prohibition of reimporting and marketing those products in European Union. *Javico* was in breach of its contractual obligations and end up marketing the products in England, Netherlands and Belgium. This behavior of *Javico* made possible *Yves Sant Laurent* products were marketed in those European countries outside of the official distribution network. The ECJ answers regarding if this kind of clauses were contrary to art. 101.1 TFEU (ex. art. 85.1) was: “Article 85(1) of the Treaty precludes a supplier established in a Member State of the Community from imposing on a distributor established in another Member State to which the supplier entrusts the distribution of his products in a territory outside the Community a prohibition of making any sales in any territory other than the contractual territory, including the territory of the Community, either by direct marketing or by re-exportation from the contractual territory, if that prohibition has the effect of preventing, restricting or distorting competition within the Community and is liable to affect the pattern of trade between Member States. This might be the case where the Community market in the products in question is characterised by an oligopolistic structure or by an appreciable difference between the prices charged for the contractual product within the Community and those charged outside the Community and where, in view of the position occupied by the supplier of the products at issue and the extent of the supplier’s production and sales in the Member States, the prohibition entails a risk that it might have an appreciable effect on the pattern of trade between Member States such as to undermine attainment of the objectives of the common market”(par. 28).

²¹ For a further detail about this problem *vid. I. ANTÓN JUÁREZ, La distribución y ...*, *op. cit.*, pp. 296-298.

pean Institutions have encouraged parallel importations in the internal market²². This position could be based on the principle of the free movement of goods. They have understood that parallel trade is an alternative to the official distribution network. It implies more competence in the market because it increases the agents. The single market becomes more real with the existence of parallel trade.

7. But at the same time, the proprietor of a trade mark has the right to protect its mark and its network. To avoid the restriction of free circulation of goods inside EU, the proprietor of a trade mark has limited exercise of his exclusive rights regarding the first commercialization in the EU of the goods bearing that trade mark. This is established in community regulations which regulate the European exhaustion of trade mark right²³.

8. The purpose of the exhaustion of trade mark right is to avoid the proprietor's opposition to the subsequent commercialization in EU. The exhaustion constitutes a restriction on the exclusive rights of the owner of the trade mark stemming from the first commercialization of the goods.

Therefore, according to these principles, parallel trade is totally legal. This could be a general rule. The trade mark rights cannot be used to restrict parallel trade. In fact, we will see how many practices to avoid parallel trade are prohibited under European Competition Law. For example, the restriction of the exportation among Member States. Nevertheless, the owner of a distribution network can protect his system of free riders according to some rules of European Competition Law, for instance, art. 4.b.iii R.330/2010.

9. For those reasons we can affirm that parallel trade navigates between free circulation of goods and Intellectual Property Protection.

2. Free movement of goods

10. The free movement of goods is the framework of trading between Member States²⁴. This principle makes possible the free selling and buying of European goods inside the internal market²⁵. The Customs Union (art. 28 TFEU) were necessary to manage this as well as the elimination of any quantitative restrictions on imports/exports and all measures having equivalent effect within the single market (art. 34 y 35 TFEU)²⁶.

Since the beginning of the Union and due to the importance of this notion, the Court of Justice was concerned about what "measures having equivalent effect" should mean; that concept has been developed by ECJ in numerous resolutions²⁷. In the first case, *Dassonville*, the ECJ hold "*All trading*

²² ECJ of 6 April 2006, *General Motors y Opel Nederland*, C-551/03 P, *Rep.* 2006, p. I-03173, pars. 66-67; Commission Decision of 8 October 2003, *Nintendo distribution*, OJ L 255, 8 .10.2003; JECJ of 10 February 2011, *Activision Blizzard Germany/Comision*, C-260/09 P, *Rep.* 2011, pars. 70-87.

²³ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ L 336, 23.12.2015); Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) N° 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) N° 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) [OJ 341/21 24.12.2015]

²⁴ European Commission, *Free Movement of Goods: Guide to the application of Treaty provisions governing free movement of goods*, 2013, Ref. Ares (2013)3759436, p. 8.

²⁵ *Vid. A. MATTERA, El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento.* Civitas, Madrid, 1998, pp. 55-56.

²⁶ For a further detail about this articles *vid. C. BERNARD, The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford University Press, 4th ed., 2013, pp. 71-118.

²⁷ *Vid. ad ex.*, about the concept of "measures having equivalent effects", ECJ of 11 July 1974, *Dassonville*, case 8/74, *Rep.* 1974, p. 837, par. 5; ECJ of 20 February 1979, *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, case 120/78, *Rep.* 1979, p. 649, par 15; ECJ of 14 December 1979, *Regina/ Henn & Darby*, case 34/79, *Rep.* 1979, p. 3795, pars. 11-13; ECJ of 24 November 1982, *Commission/Ireland*, case 249/81, *Rep.* 1982, p. 4005, par. 20; ECJ of 7 May 1985,

enacted by member states which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-comunitary trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions”²⁸. Therefore, this broad interpretation shows the position of the European Union authorities regarding this issue, participating on the European market is a right for everybody, and they can participate on the market on whatever terms they choose.

11. The single market is one of the most important goals of the Union, free movement of goods is one of the ways to achieve it, the way to understand this principle conditions how to understand the rest of European liberties and other matters such as *Competition Law* and *Industrial and Intellectual property Law*. Therefore, we can affirm that legality of parallel trade is inherent to the understanding of the single market and the principle of the free movement of goods, because, parallel trade is nothing more than an “image” of the free circulation of goods.

3. Exhaustion of trade mark rights

12. The exhaustion of industrial and intellectual property rights is a restriction in the prerogatives stating that the proprietor has to be the owner of a trade mark, a patent or a copyright or another right. Therefore, based on the doctrine of exhaustion, once the product bearing a mark has been placed in the EEA by their proprietor or by a third party with their consent, the proprietor cannot oppose to the subsequent commercialization of the product²⁹. The extent of the exhaustion varies from system to system; it can be national, regional or international³⁰. But, anyway, the Member States do not have a choice³¹. All the States Member in order to achieve the interior market and respect the principle of free movement of goods had the obligation to reform its national laws and adopt the regional one, well-known as community exhaustion³². This election in favour of community exhaustion by European authorities has been criticized, especially by parallel traders. They consider the community exhaustion lets the trade mark holders abuse their rights to stop parallel trade. In fact, they claim that one of the reasons why products in Europe such

Commission/Francia, as. 18/84, *Rep.* 1985, p. 1339, par. 13; ECJ of 12 July 1990, *Comisión/Italia*, C- 128/89, *Rep.* 1990, p. I- 3697, par. 22; ECJ of 18 May 1989, *The Queen/Royal Pharmaceutical Society of Great Britain- ex parte Association of Pharmaceutical Importers*, cases 266 y 267/87, *Rep.* 1989, p. 1295, pars.15-16; ECJ of 25 July 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia*, C-1/90 y C- 176/90, *Rep.* 1991, p. I- 4151, pars. 8-14; ECJ of 21 March 1991, *Monteil y Samanni*, C-60/89, *Rep.* 1991, p. I- 1547, pars. 37-39; ECJ of 24 November 1993, *Keck y Mithouard*, C-267/91 and C-268/91, *Rep.* 1993, p. I-6097, pars. 11-12; ECJ of 26 June 1997, *Familiapress*, C368/95, *Rep.* 1997, p. I3689, par. 8; ECJ of 11 December 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C322/01, *Rep.* p. I14887, pars. 67; ECJ of 30 April 2009, *LIBRO*, C-531/07, *Rep.* 2009, p. I-03717, par. 15; ECJ 10 of February 2009, *Commission/Italy*, C-110/05, *Rep.* 2009, I-509, par. 33; ECJ 9 of December 2010, *Humanplasma*, C-421/09, *Rep.* 2010, p. I-0000, par. 26; ECJ 7 of April 2011, *Francesco Guarnieri & Cie contra Vandevelde Eddy VOF*, C-291/09, *Rep.* 2011, p. 02685, par. 15.

²⁸ ECJ of 11 July 1974, *Dassonville*, case 8/74, *Rep.* 1974, p. 837, par. 5.

²⁹ ECJ 16 July 1998, *Silhouette*, C-355/96, *Rep.* 1998, p. I- 04799, par. 18.

³⁰ Regarding national exhaustion, this kind of exhaustion takes places once the goods bearing a mark are commercialized by the holder or by an authorized party in a national market. At the opposite end we can find the international exhaustion. The right is exhausted with the sale of the product in any market in the world. In the middle it would be the regional exhaustion. The holders of these rights may oppose the resale or importation of their products when the goods bearing a mark have not been marketed within the EEA.

³¹ ECJ of 20 November 2001, *Zino Davidoff*, Cases C-414/99 to C-416/99, *Rep.* 2000, p. I-08691, par. 32.

³² Regarding community exhaustion *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 CERVIÑO 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.

as cosmetics are more expensive than in USA is due to the community exhaustion. They think international exhaustion in all Member States could avoid this problem³³.

13. Nowadays the community exhaustion is regulated in art. 15 of the current Directive (Directive 2015/2436). Although international exhaustion is the broadest and the best for the existence of parallel importations, this does not mean the community exhaustion does not let parallel trade takes place. In fact, according to community exhaustion, once the product is marketed in any State Member under the proprietor consent, they cannot oppose the resale of his product. This principle makes legal parallel trade inside European Union.

14. Therefore, three requisites are necessary for community exhaustion: 1) releasing goods in a market; 2) with the consent of the proprietor; 3) this market must be the EEA market.

VII. Are there any limits to the exhaustion?

1. Introduction

15. Once a product bearing a trade mark has been released in an EEA market by the proprietor or with their consent, the proprietor of the trade mark rights loses the possibility to stop the subsequent resales of the products bearing such trade mark. This is the general rule that makes parallel trade legal. However, every general rules has exceptions. Thus, according to 15.2 Directive 2015/2436 about marks, the owner of a trade mark can recover their exclusive right, they can avoid the resale of his product when the free rider damages some of the functions the trade mark fulfills, *ad ex.*, identifying the origin of the product or damaging the quality or the reputation of the trade mark. In those cases, the proprietor of a trade mark can stop parallel trade.

The art. 15.2 Directive 2015/2436 as well as previous regulation art. 7.2 First Directive mentions “legitimate reasons”, but there is not a closed list of reasons which legitimate the proprietor to oppose the sale of their product once it has been put on the market³⁴. According to the topic of the present work, we are going to remark one specific situation: Could the re-label or the re-pack of a product made by a free rider be understood as a legitimate reason according to art. 15.2 Directive?

2. Re-packing

16. Manufactures often decide to sell their products with different packets, labels or even brands depending on the country where the products are going to be marketed. The reasons after these politics can be quite different, from adjusting the consumer preferences in a specific market to following the law or even a way to restrict parallel imports.

17. Regardless of the reasons for the change, the purpose of this section is to study what possibilities the free rider has to make changes in packaging, labels, etc. without involving an infringement of trade mark rights. In many cases, free riders have little choice if they want to market the product; modifying the package or the label or even the prospectus in the case of pharmaceuticals, is the only alternative.

³³ Regarding the opinion of European Commission about this problem *vid. Commission Staff Working Paper Possible abuses of trade mark rights within the EU in the context of Community exhaustion*, Brussels, 21.5.2003, SEC(2003) 575. The European Commission understood that the best regime of exhaustion is the community one. In the case parallel trade was restricted by right holders, the way to fight against this situation is through European Competition Law, not changing the extension of exhaustion of industrial and intellectual property rights.

³⁴ ECJ of 11 July 1976, *Bristol-Myers Squibb*, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, *Rep.* 1996, p. I-3457. pars. 26 and 39.

18. It has been considered a modification of the product when free riders change the package of a product and therefore an exception to exhaustion of a trade mark³⁵. This is mostly a general rule. The holder of a trade mark may oppose the change of the container or package of his product. However, this rule has been modulated in favor of parallel trade. The proprietor will not be able to oppose the re-labeling or re-packaging in the following situations: a) that the opposition of the trade mark owner contributed to the artificial partitioning of the markets between member states³⁶; b) that the original condition of the product remained unaffected by its repackaging³⁷; c) that the identity of both the original manufacturer and the repackager was clear following the repackaging³⁸; d) that the presentation of the re-packaged product did not, or was not likely to, damage the reputation of the trade mark or its owner³⁹; e) that the repackager gave notice of his intention to the trade mark owner before the repackaged product entered the market, and provided a sample on request⁴⁰.

19. Therefore, opposition to re-labeling or re-packaging would not be possible for the right holder when the parallel importer is able to fulfil those criteria. Thus, the general rule is that the burden of proof is on the parallel importer⁴¹. Parallel importer must give the owner of the trade mark enough information; this information will help the proprietor with the decision of whether such repackaging is necessary in order to the product for being marketed in the Member State of importation.

However, there are aspects that are quite difficult to prove from the position of the parallel trader, *ad ex.*, the re-labeling or re-packaging does not harm the image or reputation of the brand. Thus, in these cases the ECJ has considered sufficient that the parallel importer submit sufficient evidence to presume that such a requirement would be met, falling the obligation to prove otherwise on the holder⁴².

³⁵ ECJ of 23 May 1978, *Hoffmann-La Roche*, case 102/77, *Rep.* 1978, p. I-1139; ECJ of 10 October 1978, *Centrafarm*, case 3/78, *Rep.* 1978; ECJ 3 December 1981, *Eurim-Pharm*, case 1/81, *Rep.* 1981, p. I-2913; ECJ 11 July 1996, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, *Rep.* 1996, p. I-3514.

³⁶ ECJ 11 July 1996, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, *Rep.* 1996, p. I-3514, pars. 42-47.

³⁷ ECJ 11 July 1996, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, *Rep.* 1996, p. I-3514, pars. 48-57.

³⁸ ECJ of 28 July 2011, *Orifarm y Paranova Danmark/Merck*, C-400/09 and C-207/10, *Rep.* 2011, p. I-0000, par. 36, in this judgment the Court hold that “*It follows from all the foregoing that Article 7(2) of Directive 89/104 must be interpreted as not allowing the proprietor of a trade mark relating to a pharmaceutical product which is the subject of parallel imports to oppose the further marketing of that product in repackaged form on the sole ground that the new packaging indicates as the repackager not the undertaking which, on instructions, actually repackaged the product and holds an authorisation to do so, but the undertaking which holds the marketing authorisation for the product, on whose instructions the repackaging was carried out, and which assumes liability for the repackaging*”. About the necessity to indicate the new packaging’s author, *vid. F. FORNI*, “*Il Farmaco di importazione parallela ha trovato l’autore del suo riconfezionamento*”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, LII, n° 1-2, 2013, pp. 113-118.

³⁹ In the case of pharmaceutical products should be kept special care with how to present the product. Therefore a faulty packaging, poor quality or untidy can not inspire confidence in the consumer and, in this type of products is crucial because being closely related to health, the public is demanding. Thus, these aspects must be taken into account by the parallel importer when modifying the package (ECJ of 11 July 1996, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, *Rep.* 1996, p. I-3457, par. 66. The ECJ distinguished to what extent should take care of the container depending on whether the drug was intended for hospitals or sold directly to consumers. In the first case, the presentation is not as important, because the drug is provided to the patient by professionals so that the consumer does not see the package. However, in the second case, the condition of the packaging itself becomes important, since the consumer can directly see the packaging of the drug. Although it has been prescribed by a professional and this will inspire confidence, a container little care can cause suspicion in the consumer about the quality of the product. Likewise, the holder may also oppose the changes in cases where the new tags or packaging affect the brand image and damaging its seriousness, quality and consumer confidence (ECJ of 26 April 2007, *Boehringer II*, C-348/04, *Rep.* 2007, p. I-3430, par. 43; ECJ of 4 November 1997, *Parfums Christian Dior*, C- 337/95, *Rep.* 1997, p. I- 6034, par. 45). In addition, acts of the parallel importer as not to include the mark on the outer packaging, put their own logo or style, or the adhesion of an additional label that hides totally or partially one of the brands of the holder and print their name in capital letters may allow opposition by the proprietor for harming the reputation of the brand (ECJ of 26 April 2007, *Boehringer II*, C-348/04, *Rep.* 2007, p. I-3430, pars. 45-47).

⁴⁰ ECJ 11 July 1996, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, *Rep.* 1996, p. I-3514, par. 69.

⁴¹ ECJ of 26 April 2007, *Boehringer II*, C-348/04, *Rep.* 2007, p. I-3430, par. 48.

⁴² ECJ of 26 April 2007, *Boehringer II*, C-348/04, *Rep.* 2007, p. I-3430, pars. 48-54.

VIII. What happens with luxury products?

20. In luxury products, such as cosmetics, perfumes, watches, etc. the quality of the product is not just result of their material characteristics, but also of the allure and prestigious image which bestows them an aura of luxury. This aura of luxury emanating from them is essential because it enables consumers to distinguish them from similar goods. Therefore, an impairment of that aura of luxury is likely to affect the actual quality of those goods⁴³.

21. This scenario takes place when branded goods, in fact, luxury products, are sold outside the distribution network. This resale is totally legal as long as the trade mark rights are exhausted, once the goods have been put on the market of the EEE by the proprietor or with their consent. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use on grounds of its exclusive right. The question that we want to point out is whether luxury goods resold outside distribution network can imply an exception of exhaustion of trade mark rights. Once the product is marketed under a selective distribution system, could the damage in the reputation of a trade mark be understood as a “legitimate reason” according to art. 15.2 Directive?

22. A balance must be struck between free movement of goods and trade mark exclusive rights. The Court of Justice has provided that it is necessary to study each case individually, so as to determine whether the sale outside the network or sale without the requirements of the selective distribution system impair the distinctive function and brand reputation as the holder *ius prohibendi* comes back. As seen in the ECJ judgment *Copad/Dior Couture*, sales outside the network can impair the quality of branded products, but for “the possibility of harm” to become a real damage to the reputation of the brand it is necessary to take into account aspects such as who the recipients of the products are and the conditions of that particular selective distribution system⁴⁴.

23. In line with the vision hold by the Court of Justice on several occasions, the national court is the one who must check whether the specific circumstances allow this. In other words, national courts have the best position to decide if there is a legitimate reason to except the exhaustion. Spanish courts have provided in various decisions that the marketing of branded products by dealers outside the official network is a legitimate reason to except the exhaustion according to art. 36.2 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, because it undermines the prestige of the brand⁴⁵. However, this recognition does not always mean that a sale outside of the selective distribution systems constitutes per se a legitimate reason to prohibit the subsequent commercialization of branded products once this right is exhausted. The circumstances of each case –sales target, volume, nature of the product, the trajectory of the parallel importer in the market, ad ex., its prestige, its modus operandi, the kind of store where the product is sold, if pre and post sales service are used – can determine if the proprietor has a legitimate reason to invoke the trade mark rights according to art. 15.2 Directive⁴⁶.

24. One aspect to take into consideration is that infringements of trade mark rights can only be legally claimed by the trade mark holder or an exclusive licensee authorized to do so (art. 40 LM). This is interesting because the other integrated distributors will not be able to take action against the free rider regarding the infringement of a trade mark. The only way the official distributors affected by parallel trade fight it would be an action by unfair competition.

⁴³ ECJ of 23 April 2009, *Copad/Dior Couture*, C-59/08, Rep. 2009, p. I-03421, pars. 25-26.

⁴⁴ ECJ of 23 April 2009, *Copad/Dior Couture*, C-59/08, Rep. 2009, p. I-03421, par.58.

⁴⁵ Judgment of *Audiencia Provincial* of Zaragoza (Sect. 4^a) of 20 October 2003, *Clarins Paris/Supermercados Sabeco*, num. 558/2003, (AC 2003/1693), par. 5; Judgment of *Audiencia provincial* of Madrid (Sect. 28^a) of 5 October 2006, *Bulgari y Hevige Distribución S.L/Makro Autoservicio Mayorista S.A.*, num. 140/2006, (JUR 2007\54756), par 3; Judgment *Audiencia Provincial* of Alicante (sect. 8^a), *L'oreal y otros/Univexva S.L*, num. 352/2008 of 14 October 2008 (JUR 2009\26671), par. 8.

⁴⁶ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, *La distribución selectiva...*, p. 188.

25. Without prejudice to any action regarding the infringement of his mark the owner of the trade mark, may also take action, not only against the free rider, but also against the authorized distributor because they infringed the clause prohibiting the resale to non-members of the official distribution network. Nevertheless, from our point of view, such action against the official distributor will not be as effective in cases where parallel imports take place because the network is not sufficiently shielded. In other words, the manufacturer may have closed their distribution networks differently in the various countries in which they operate. So, maybe in some countries, the manufacturer has opted for selective distribution and in others for a more permissive distribution. This detail is relevant to the official distributor who resells the products to third parties. If there is no such clause prohibiting the resale to third parties, the official distributor would not have breached the contract and it would be more difficult for the holder of a trade mark to defend themselves against parallel trade.

IX. How to protect the official network and the brand from unfair competition

1. Unfair competition illicit against free riders

26. The trade mark holder and / or owner of the official distribution network as well as members of the official distribution network can take action against the independent reseller on the grounds that their actions violate the Spanish Unfair Competition Law (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)⁴⁷. However, it is not easy to fit within some of the activities of parallel imports as illicit established by Spanish Unfair Competition Law⁴⁸. Despite the circumstances in each case playing an important role, we have to remark five unfair competition acts which could be used against the free rider. These are:

27. *Deceptive acts.* The art. 5.1 LCD provides that a behavior is unfair for being misleading when it involves the use or dissemination of false or incorrect information or omission of true, and brings to mislead the recipients of such information who may alter their economic behavior in relation to aspects such as the nature, characteristics, method of manufacture or distribution of goods or services, the existence or not of after-sales service, among others⁴⁹.

A parallel importer reselling products outside the official network may mislead buyers by making them believe that they belongs to the official network, and therefore can offer pre-sale and after-sale services⁵⁰. However, when the customer is aware that he is not buying the product from an official distributor and after-sales services are not going to be provided, there is no disloyalty in the free rider's behavior because there is no deception. Thus, if the independent distributor reported his condition to consumers or if a reasonably informed consumer can easily deduce from the way a product is sold (no advertising, no customer care or the features of the shop) that who is selling it is not an official distributor, these acts will not be illegal under the Spanish Unfair Competition Law⁵¹. In the Spanish Unfair Competition Law, there is an act of deception according to art. 5 when the free rider's acts are not only

⁴⁷ Official Journal number 10, of 11 January 1991. It was modified by Law 29/2009, of 30 December (Official Journal number 315, of 31 December 2009).

⁴⁸ Vid. E. BARRERO RODRÍGUEZ, "La posible configuración de las actividades de comercio paralelo como actos desleales de confusión o de engaño en el marco de la distribución selectiva", *Rcd*, nº 18, 2016, p. 4.

⁴⁹ Regarding art. 5 of the Spanish Unfair Competition, vid. Law J.A GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, "Art. 5 LCD. Actos de engaño", in A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2011, pp. 118-142; C. LEMA DEVESA, "Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal", in J.A GÓMEZ SEGADE/ A. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 355 *et seq*; A. TATO PLAZA/ P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/ C. HERRERA PETRUS, *La Reforma de la Ley de Competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010; A. ZURIMENDI ISLA, "Actos de engaño", en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 95 *et seq*.

⁵⁰ Vid. 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, p. 174.

⁵¹ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, "La marca en....", p. 174.

misleading but also the conduct of the parallel importer alters the economic behavior of customers⁵². That is, the client, as a result of false or truthful information, decides to purchase the products from a free rider and not from the official distributor.

28. Likelihood of association. The art. 6.2 Spanish Unfair Competition Law includes the likelihood of association, which is closely related to acts of deception since the recipient is misled in both of them. The difference between the two types is that in the case of the association, error refers to the identity of the offeror. The illegal act is making the consumer incorrectly associate the origin of the provision⁵³. In connection with parallel trade, the free rider can commit this act of unfair competition when they sell products which contain this legend on the reverse “the products can only be sold by authorized dealers”⁵⁴. This can lead to a wrong assumption about the origin of the products. The problem arises when this association makes the consumer think that the free rider is going to provide presales or aftersales services⁵⁵. However, a well-informed consumer could easily detect that he is acquiring the product of an unofficial reseller by the simple presentation of the products or the service received. If you know that you are buying the product to an unofficial distributor there is no risk of association.

29. Use of another's reputation. The art. 12 LCD provides that it is unfair to take advantage of another's reputation⁵⁶. This behavior happens when someone takes advantage of the professional reputation of another in a market. It usually has to do with the use of distinctive signs of other traders. This is what happens with parallel trade of branded products. The free rider takes advantage of the prestige of the brand and its advertising as a business strategy. In this sense it can be said that such use is practically unavoidable, since both aspects go hand in hand⁵⁷. From our point of view, once the trade mark right is exhausted, the resale of the product is free, and being a branded product, the reputation the trade mark is, almost always, going to give an advantage to the free rider. Thus, the more prestigious the mark, more advantage the free rider will get and the less likely this kind of illegal claim of unfair competition prospers.

30. Inducing a breach of contract and using it. On the one hand, art. 14.1 Spanish Unfair Competition Law points out illegal the act of inducing another to breach basic duties of a contract. We can find a clear example when an independent distributor induces an authorized member to not respect the clause prohibiting resale to third parties not authorized by the official network. On the other hand, the art. 14.2 Unfair Competition Law states that it is unfair induction to provoke the termination of a contract or the use of a foreign contractual infringement when it is intentionally accompanied by circumstances such as deception, the aim of eliminating a competitor or similar⁵⁸. With respect to parallel

⁵² Vid. J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “Comentario al art. 5 LCD...”, pp. 128 y 131.

⁵³ Regarding art. 6 of the Spanish Unfair Competition, *vid.* M^a. M. CURTO POLO, “Artículo 6. Actos...”, pp. 143-153; V. MAMBRILLA RIVERA, “Prácticas comerciales y competencia desleal. Estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (Incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal)(Y tercera parte)”, *Rcd*, núm. 6, 2010, p. 75 *et seq.*; J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999; M. MONTIAGUDO, “El riesgo de confusión en el Derecho de marcas y en el Derecho contra la Competencia Desleal”, *ADI*, 1993, p. 73 *et seq.*; J. VIERA GONZÁLEZ, “Los actos de confusión e imitación en el Proyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal”, *Rcd*, núm. 6, 2010, p. 153 *et seq.*

⁵⁴ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en...”, p. 173.

⁵⁵ Vid. E. BARRERO RODRÍGUEZ, “La posible configuración...”, pp. 10-11; A. F., MUÑOZ PÉREZ, “El conflicto entre...”, p. 729.

⁵⁶ Regarding art. 12 of the Spanish Unfair Competition, *vid.* A. ARROYO APARICIO, “Artículo 12. Explotación de la reputación ajena”, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2011, pp. 317-350; E. GALÁN CORONA, “Supuestos de competencia desleal por violación de secretos”, en A. BERCOVITZ (Coord.), *La Regulación contra la Competencia desleal en la Ley de 10 de enero 1991*, BOE, 1992, p. 91 y ss; J.I. RUIZ PERIS, “Una reforma consumerista de la Ley de Competencia Desleal o Reforma no siempre significa mejora”, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, AA VV, J.I. RUIZ PERIS (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 13 *et seq.*

⁵⁷ Vid. C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p. 359.

⁵⁸ Regarding art. 14 of the Spanish Unfair Competition, *vid.* E. M^a DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Artículo 14. Inducción a la infracción contractual”, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2011, pp. 379-403; J.A. GÓMEZ SEGADE/ A. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010; A. TATO PLAZA/ P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/ C. HERRERA PETRUS, *La Reforma de la Ley de Competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010.

trade the first violation of art. 14.2 LCD would not be relevant, since a parallel trader does not seek the completion of an agreement but the breach of it by the official distributor in order to access to goods⁵⁹. In addition, induction to the termination of a contract is entirely lawful within the proper functioning of the market. It is natural to look for customers or production factors of competition. Illicit only takes place when the circumstances which accompany the induction are contrary to << the objective good faith >>. In other words, deceit or bad practices are used for the termination of the contractual relationship⁶⁰. The illicit art. 14.1 exists with induction mere breach of contract. It is not necessary that the inductor achieve its objective. The biggest problem for infringement claims of this type is the evidence. Although no conclusive evidence is required, as it can be obtained - from a particular data as a set of circumstances surrounding a particular action, prove that there has been such influence to breach the contract can be difficult, especially when lacking documents substantiating such induction⁶¹.

31. However, we can say that it is easier to prove the illicit use by parallel trader, especially when this act is accompanied with deceit. This could be the case when the parallel trader pretends to be an official distributor. The advantage would lie in the access to products without such breach of contract that would have been impossible with an official distributor. There are two key aspects in which the plaintiff should focus: 1) the free rider is aware of the breach of contract by official distributor. When products are identified by code numbers and are accompanied with legends prohibiting resale, it is not very difficult to presume that knowledge⁶²; 2) the disloyalty of the official distributor. In this case with the methods normally used in selective distribution systems -codification of goods, restrictions on warranties- the problem of proof may not be such.

2. Proof and the relationship between unfair competition and infringements of trade mark rights

32. In cases where the holder of a right of industrial property deems its rights violated he should go to court to assert infringement of this with the claim of unfair competition⁶³. Given these claims, the Spanish courts used to, after estimating the trade mark infringement, recognize unfair competition illicits. These kinds of lawsuits are common in parallel trade of branded products.

33. However, there is now a new case law in which it is considered that when the infringement of an intellectual or industrial property is estimated, analysis of acts of unfair competition are invoked, proof is not necessary⁶⁴. The reason is that with the estimate of the infringement, for example, of a trade mark right, unfair competition acts are recognized as well. Such acts of unfair competition, to be included within the scope of the exclusive right -confusion and association, deception, use of another's reputation... - do not need to be re-analyzed in view of the Unfair Competition Law. A different question arises when the Intellectual/Industrial property Law doesn't give protection, in that case, it is possible to claim on grounds unfair competition. This happens, *ad ex.*, with the induction to the infringement of a

⁵⁹ Judgment of *Audiencia Provincial* of Cáceres (Sect. 1^a) de 22 de enero de 2001, num. 12/2001, AC 2001/542, in this, an independent distributor who sold cosmetics brand *Clarins* was condemned to compensate the owner of the trademark and an official distributor for damages that had caused his unfair behavior.

⁶⁰ *Vid.* E. M^a DOMÍNGUEZ PÉREZ, "Artículo 14...", p. 387.

⁶¹ Judgment Supreme Court of 11 July 2006, num. 746, FJ 7 (RJ 2006\4974).

⁶² *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, "La marca en ...", p. 177.

⁶³ Judgment of *Audiencia Provincial* of Zaragoza (Sect. 4^a) of 20 October 2003, *Clarins Paris/Supermercados Sabeco*, num. 558/2003, AC 2003/1693, par. 6, in this resolution it was recognized either an infringement of trade mark rights or an illicit of unfair competition by deceptive acts (article 5), confusion (article 6) and use of another's reputation (Art.12 LCD.); Judgment of *Audiencia Provincial* of Madrid (Sect. 28) of 5 October 2006, *Bulgari Spa y Hevige Distribución S.L./Makro Autoservicio Mayorista S.A.*, num. 140/2006, JUR 2007/54756, par. 4 where it is recognized an infringement of trade mark rights but at the same time the independent distributor was condemned by using a *breach of contract* of an official distributor (art. 14.2).Final del formulario

⁶⁴ Judgment of *Audiencia Provincial* of Alicante (Sect.8^a) of 14 October 2008, *L'Oreal S.A. y otros/ Univexva S.L.*, num. 352/2008, JUR 2009/26671, par. 9.

basic contractual duty (art. 14.1 Spanish Competition Unfair Law). There are illicit acts that are not included in trade mark law but, additionally, they can protect the holder's subsidiary. The complementary nature of the law of unfair competition also appears in certain behaviors that don't infringe the exclusive right⁶⁵. Thus, *ad ex.* this could happen when the trade mark rights are exhausted but the behavior of the independent distributor is unfair. Thus, one could say that the estimate of the infringement of trade mark's rights becomes an unnecessary analysis of possible unfair competition acts, unless those free rider's behaviors cannot be included under infringement of the exclusive right⁶⁶.

34. This new case law is particularly important as far as the burden of proof is concerned. The probative effort of the trade mark holder decreases when they allege infringement of the distinctive sign when claiming unfair acts. While in the case of infringement of a trade mark, holder must prove misuse of his sign to sue; acts of unfair competition claim has the burden of proving such illicit acts, which, as noted in the previous section, it is not without difficulty⁶⁷.

X. What are the usual practices to restrict parallel trade?

35. Manufacturers, suppliers or official distributors do not like the existence of parallel trade. Therefore they have developed many practices to paralyze it. We can differentiate between "direct restrictions" and "indirect restrictions". Regarding the first, these could be all the provisions of a vertical agreement which has the aim to restrict distributor's actions with its contractual territory and directly preclude the possibility of reselling products to other markets. Those territorial restrictions fall in breach with art. 101 TFEU. It doesn't matter if these restrictions are put into practice by the parties⁶⁸. Hence, if a clause restricts competition by nature, *ad ex.*, clauses prohibiting exports, it is irrelevant if these kinds of clauses have not been implemented by the distributors, its mere existence in an agreement to create a "visual and psychological" effect which contributes to a partitioning of the market⁶⁹.

36. Therefore, because the Commission and the ECJ have traditionally considered that such restrictions have the object of restricting competition and are contrary to art. 101 TFEU, manufacturers and suppliers are trying to prohibit parallel trade through implicit contractual clauses and other practices instead of explicitly. Practices like sending circulars to official distributors. It has been studied whether this kind of practices to limit parallel trade can fall within the scope of art. 101 TFEU or whether it was a unilateral decision by the supplier or manufacturer. In this regard, the European competition authorities have created a broad concept of agreement⁷⁰. The implicit measures, contractual or non-contractual, made by suppliers and distributors to restrict parallel importations have been very different. However, a common feature among them is that it has generally been a tendency to consider them contrary to European competition law to be restrictive in accordance with art. 101 TFEU either by object or effect. Therefore we can point out the following: 1) Dual Pricing; 2) refusal to supply; 3) product differentiation; 4) warranty restrictions; 5) codifying goods.

⁶⁵ *Vid.* E. BARRERO RODRÍGUEZ, "La posible configuración...", p. 7; F. CARBAJO CASCÓN, "La marca en..." p. 182.

⁶⁶ F. CARBAJO CASCÓN, "La marca en..." p. 182.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 182.

⁶⁸ ECJ of 1 February 1978, *Miller*, C-19/77, *Rep.* 1978, par. 7; ECJ 31 of March 1993, *Ahlstroem Osakeyhtioe and others/Comisión (woodlup)*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, *Rep.* 1993, p. I-1307, par. 176.

⁶⁹ CFI of 19 July 1994, *Herlitz*, T-66/92, *Rep.* 1994, II-00531 par. 40.

⁷⁰ Regarding the broad concept of agreement, ECJ of 6 April 2006, *General Motors BV/Comisión*, C-551/03 P, *Rep.* 2006, p. I-03173, par. 34; With respect to Commission's decisions in which circulars, letters and guidelines have been sent by manufacturers to distributors in order to stop parallel trade and these have been considered an agreement concerning art. 101.1 TFEU, *vid.* Commission Decision of 23 December 1977, *BMW Belgium*, OJ L 046, 17.2.1978; Commission Decision of 14 December 1984, *John Deere*, OJ L035, 7.2.1985; Commission Decision of 18 December 1987, *Konika*, OJ 23.3.1988; Commission Decision of 28 January 1998, *Volkswagen*, OJ L 124, 28.1.1998; Commission Decision 20 September 2000, *Opel*, OJ L 059, 28.2.2001; Commission of 10 October 2001, *Mercedes Benz*, OJ L 257, 25.9.2002; Commission Decision of 8 October 2003, *Nintendo distribution*, OJ L 255, 8.10.2003

37. Dual pricing. This practice consists on the supplier charging higher prices for products intended for export. The distributor is going to pay a higher price for equal products in case he wants to export them. This is a way to restrict parallel trade by the manufacture/supplier; the distributor is going to have more difficulty exporting the products or at least, it is going to be more expensive, these sales are treated less favourably than national ones. These practices can be carried out in several ways, *ad ex.*, the exclusion of the exports from a bonus system or discounts⁷¹. The art. 101 TFEU is generally applicable to cases where the supplier provides discounts, bonuses and other incentive measures for the distributors in order to restrict parallel trade.

38. Refusal to supply. This practice takes place when suppliers restrict the supply or deny it to their distributors because they want to avoid the export or import from one country to another⁷². This practice aims to prevent distributors from having a huge quantity of products. The problem with this practice is that it is unclear whether it can be considered to fall within an agreement or whether it receives unilateral treatment⁷³. If the act is part of an agreement, art. 101 TFEU can be applied if such practice eliminates or restricts competition. In the event of being considered a unilateral act and the company carrying it out as market power it could be considered an abuse of a dominant position contrary to art. 102 TFEU. Although these practices are indirect measures the effect is the same than with a direct prohibition exportation⁷⁴.

39. Product differentiation. As we studied in a previous part of the article, manufactures can introduce little differences in the product or in its packet depending on the market the products are going to be marketed. At first sight, this practice can be considered legal, because many times it is a way to take into consideration the consumer's tastes. However, the problem arises when the reason after these practices is to difficult the movement of goods among Member States. Such kinds of measures implemented in the vertical agreements have been subject to the assessment of European authorities who consider them restrictive for the competence⁷⁵.

40. Warranty restrictions. This practice takes place when the manufacturer denies warranty or after-sales services in their products when they are sold by free riders. One of the direct consequences of this practice is that the manufacturer will accept that the goods sold outside its network have a "lower status" than those that are marketed by the official network. We find consumers truly affected by this practice, since they are the ones who benefit from these services. For this reason, the legality of the limitation of warranties on products to protect the distribution network from unauthorized third parties should be studied with regard not only to the competition rules but also to the consumers 'rules.

Regarding competition law, in the *Zanussi* case, the Commission considered the conditions imposed on the consumer to access the product warranty fall within the scope of art. 101 TFEU⁷⁶. These conditions basically consisted on the warranty being claimed only to the *Zanussi* branch which would originally have sold the appliance, provided that the product had not been used in another country or modified or altered by people not authorized by the manufacturer. Previous to this case, we can remark the *Hasselblad* case, however, in this case, the Commission could not prove irrefutably the discrimination in the warranties among products sold by the official network and the products marketed outside of it⁷⁷.

⁷¹ CFI of 9 July 2009, *Peugeot*, T-450/05, *Rep.* 2009, p. II-02533; ECJ of 6 April 2006, *General Motors BV/Comisión*, C-551/03, *Rep.* 2006, p. I-03173.

⁷² Commission Decision of 18 August 1982, *Ford*, OJ L 256, 2.9.1982; Commission Decision 16 November 1983, *Ford*, OJ L 327, 24.11.1983.

⁷³ ECJ of 6 January 2004, *Bayer*, C-2/01 P and C-3/01 P, *Rep.* 2004, p. I-00023.

⁷⁴ Commission Decision of 8 May 2001, *Glaxo Wellcome*, OJ L 302/1, 17.11.2001.

⁷⁵ Commission Decision 93/554/EEC *Zera/Montedison*, OJ-L272/28 [1993], pars. 104, 127 and 128; CFI of 7 July 1994, *Dunlop*, T-43/92, *Rep.* 1994, p. II-0044, pars. 131 and 143.

⁷⁶ Commission Decision 23 October 1987, *Zanussi*, OJ L 322, 16.11.1978, pars. 12-14.

⁷⁷ ECJ of 21 February 1984, *Hasselblad*, case 86/82, *Rep.* 1984, p. 00883, pars. 34-36.

41. *Codes in goods*. “Codes to trace goods” is another practice widely used by the holders of official distribution networks to detect shortfalls⁷⁸. The reasons to codify the goods can be both «legitimate», *ad ex.*, to detect or to identify imitations in food, pharmaceutical or cosmetic products or to help with the removal from the market of products if those were to have a problem, and «illegitimate», *ad ex.*, to combat parallel trade. The Court of Justice has held that parallel traders can protect themselves, according to competence law, from the harm caused by the identification numbers inserted in the goods⁷⁹. Parallel importers will be able to remove the identification numbers when these cause an artificial partitioning of the market between Member States. This is due to the difficulties people involved in parallel trade have for obtaining supplies from official distributors and others for fear of sanctions being imposed by the producers⁸⁰.

However, in the case of selective distribution of branded products, it is only natural that the trade mark holder wants to protect the network and tries to avoid their products marketing by free riders. Thus, the coding and tracking of goods could be justified on such networks. But not for products that are not worthy of such protection. Still, it must be remembered that the brand that deserves protection is always going to find the limit of the free movement of goods and competition rules. For this reason, the inclusion of identification numbers in products sold in different State Members may be less justified from the competition rules when goods are destined to third States⁸¹. Besides the identification numbers, there are other techniques equally effective for the identification of parallel trade and for retaliation against traitor members and independent resellers. These techniques can vary from recording orders and sales, auditing regular distributors and investigating buyers as happened in the *Volkswagen* case⁸² or using statistical methods based on the information that dealers gave the manufacturer like in the *Nintendo* case⁸³.

XI. What about the parallel trade of pharmaceutical Products in EU?

1. Introduction

42. The pharmaceutical sector is one of the most controversial areas where parallel trade takes place. Traditionally, parallel trade in medicines has been characterized by the export of these products from countries in the South of Europe (Spain, Greece, and Portugal, among others) to countries in the North of the continent (Germany, Denmark, UK, etc.). Basically, this flow of imports and exports between south-north countries is a consequence of the different prices among countries⁸⁴. Prices in the South of Europe countries are lower than in the North countries. In the case of drugs this price difference is not, (as it happens with luxury goods) because of the commercial policies (pre-sales services, after-sales services, advertising, etc.) that distributors must perform in order to be integrated in the network, but rather because of factors such as the differences in social security systems among Member States⁸⁵.

Many European governments negotiate drug prices with pharmaceutical companies because they have to cover most of the medical expenses of their health systems. These negotiations allow the State to pay a lower price for the medicines. This allows the State to control the price of medicines⁸⁶.

⁷⁸ Commission Decision of 21 December 1994, *Tretorn*, OJ L 378, 31.12.1994, pars. 35 and 61.

⁷⁹ ECJ of 11 November 1997, *Loendersloot*, C-349/95, *Rep.* 1997, p. I-6227, par 40.

⁸⁰ ECJ of 11 November 1997, *Loendersloot*, C-349/95, *Rep.* 1997, p. I-6227, par 40.

⁸¹ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, *La distribución selectiva...*, p. 105 *et seq.*

⁸² Commission Decision of 28 January 1998, *Volkswagen*, OJ L 124, 28.1.1998, pars. 130 *et seq.*; CFI of 6 July 2000, *Volkswagen*, T- 62/98, *Rep.* 2000, p. II-2707.

⁸³ Commission Decision of 8 October 2003, *Nintendo distribution*, OJ L 255, 8.10.2003. This decision was upheld by the Judgment of ECJ of 10 February 2011, *Activision Blizzard Germany/Comisión*, C-260/09 P, *Rep.* 2011, par. 75.

⁸⁴ *Vid.* LIBERATORE, Francesco, “UK calls for a ban of parallel trade of prescription medicines- What are the EU competition law implications?”, *European Competition Law Review*, 2013 34 (4), p. 190.

⁸⁵ *Vid.* S. VOGLER/J.E.MARTIKAINEN, “Chapter 19. Pharmaceutical Pricing in Europe”, in Zaheer-Ud-Din Barbar (ed), *Pharmaceutical Prices in 21st Century*, Adis, 2015, p. 347 *et seq.*

⁸⁶ European Commission and ECJ have had to decide on some issues if there was price control on pharmaceutical products and whether it was contrary to the principle of free movement of goods. The Court has held that the national control of drug prices is not an obstacle to the free movement of goods, provided that pricing is not the result of discriminatory practices (ECJ

It also means that many of the drugs can be purchased by citizens at a significantly lower price than if the prices were freely established by the pharmaceutical companies. But not all states have the same concept. Thus, there are states, mainly in Northern Europe where the price of medicines is freely fixed by pharmaceutical companies. This causes a considerable price difference for the same product between the North and the South of Europe⁸⁷.

However, this price difference between States not only lies in the different public health systems. There are other reasons such as the type of drug, how new the product is, the amount of dose delivered, if this product has got a generic counterpart, etc⁸⁸. In order to avoid these price differences or at least reduce them European institutions have introduced policies to standardize the price of medicines between Member States. An example of this can be Directive 89/105 / EEC of 21 December 1988⁸⁹, establishing rules for the control of drug prices or the High Level Group on Innovation and Provision of Medicines (G10 Medicines Group). Measures, ultimately, with little success since Member States are primarily responsible for the policies with regard to the health of its citizens.

2. Problems

A) Shortages

43. One of the major problems that the existence of parallel trade in medicines can provoke is the risk of shortages⁹⁰. Out-of-stock occurrence takes place in markets where drugs are cheaper. So, one might ask whether this shortage would be possible despite the controls that wholesalers are subjected to when exporting goods from one country to another, both among European countries and third countries and European States. Law 29/2006 of Medicament requires the exporter to notify the Spanish Agency of Medicines the medicines subject to exportation⁹¹. Moreover, this notification procedure should be followed by parallel trader develops in Circular No. 2/2012. This Circular aims to prevent supply problems that might exist in Spain for certain drugs. Moreover, in 2011 was introduced in Law 29/2006 the possibility of sanctioning the distributor for not having minimum stocks of medicines for normal delivery of their activities or services.

44. Another problem comes up when a “new version” of a medicinal product coincides with its “older version” in the same market. The question is whether the existence of the new version causes the prohibition of the importation of the previous version of the medicine, although there is an import authorization still in effect. In the *Ferring* case, both the Commission and the Court of Justice provided that when the holder of a marketing authorization for a drug revokes it for reasons which do not regard public health, the parallel imports of that medicine cannot be prohibited⁹². This situation often happens when a manufacturer sells a new version of a medicine. The reason for that is that the cause of the revocation is simply a formality and does not affect the quality or effectiveness of the product. Therefore, based on the free movement of goods and the principle of proportionality, the parallel importation of

of 19 March 1991, *Commision/Belgium*, C-249/88, *Rep.* 1991, p. I-01275; ECJ 7 February 1984, *Duphar*, case 238/82, *Rep.* 1984, p. 00175, pars. 21-22).

⁸⁷ Concerning Differential Pricing of pharmaceutical products *vid ad. ex.* S. RICHARD, “Differential Pricing of Pharmaceuticals- Lessons from Economic Theory”, en C. GODT, *Differential Pricing of Pharmaceuticals inside Europe: Exploring Compulsory and Exhaustion for Access to Patented Essential Medicines*, Nomos, 2010, pp. 145- 153; with respect to Differential Pricing of Pharmaceuticals inside EEA *vid.* F. FORNI, “Il Farmaco di importazione parallela ha trovato l’autore del suo riconfezionamiento”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, LII, n° 1-2, 2013, pp. 96-100.

⁸⁸ *Vid.* in this sense, C. DESOGUS, *Competition and Innovation in the EU regulation of pharmaceuticals: the case of parallel trade*, Cambridge, Antwep, Insertia, 2011, p. 42.

⁸⁹ OJ L 40, 11.2. 1989

⁹⁰ *Vid.* E. ESTEVE SALA, “Desabastecimiento de medicamentos y comercio paralelo”, *Cuadernos de derecho farmacéutico*, n° 18, 2006.

⁹¹ Spanish Official Journal num. 178, 27.07.2006.

⁹² ECJ of 20 September 2002, *Ferring*, C-172/00, p. I-06891, par. 20.

drugs from an earlier version cannot be prohibited because of the holder withdrawing the authorization of the medicine in the State of importation for reasons beyond public health.

B) Supply quota and dual price by pharmaceutical companies

a) Introduction

45. The pharmaceutical sector is characterized by its lack of transparency. Pharmaceutical companies keep with distrust the data on their industry. However, even with a so particular industry like this, the competition rules can be applied. A justification for this is that there are other sectors, also with singularities where prices are also established by the states that have to follow the competition rules, *ad ex.*, postal services, tobacco industry or banking services⁹³. The price regulation does not justify the pharmaceutical sector receiving a different treatment regarding the application of the competition rules⁹⁴.

b) Supply quota

46. The supply quota has been analyzed by the competition authorities both in art. 101 TFEU and in the art. 102 TFEU. In relation to art. 101 TFEU, the Commission, in the *Bayer case*, considered that measures to restrict the supply imposed by a manufacturer or supplier to his distributors were contrary to art 101.1 TFEU because it meant a prohibition of exports⁹⁵. However, neither the Court of First Instance of the EU nor ECJ reached the same conclusion. There was no agreement regarding art. 101.1 TFEU. The CFI found that the Commission could not prove that an agreement had been struck between Bayer and the wholesalers, because the court understood that the existing business relationship between the parties was not enough⁹⁶. Therefore, Bayer had not imposed an export prohibition to its wholesalers, nor the supplies were subject to such a ban. Moreover, the Court held that the unilateral policy of fixing delivery quotas implemented by *Bayer*, combined with national requirements of complete assortments affecting wholesalers generated the same effect as an export ban; it did not mean it had imposed such a ban nor that there was a collusive agreement between the pharmaceutical company and its wholesalers⁹⁷. Thus, considering the supply quota imposed by Bayer as a unilateral act it could not be prohibited by art. 101 TFEU.

47. As a result of the difficulty of including these behaviors in the art. 101 TFEU, those affected by supply restrictions have tried to use the art. 102 TFEU because they believe that such limitation (supply quota) constitutes an abuse of dominant position.

48. The Court ruled in this regard in *Sot. Lélos Kai Sia (Syfait II)*⁹⁸. The issue was aimed at denouncing the practice conducted by *GlaxoSmithKline* to limit supply to their wholesalers in Greece on three medicines used for the treatment of migraines, epilepsy and asthma products, in order to avoid export to countries like Germany or UK⁹⁹. The question is whether the limitation of the supply by a company with a dominant position is abusive under art. 102 TFEU. And if it is so, whether it is possible that this practice limiting parallel trade in order to protect investment in research by pharmaceuticals are not prohibited.

49. ECJ resolution of this matter was awaited with great interest because of the situation at that time caused by such disparate positions kept by the Advocates General JACOBS and RUIZ-JARABO CO-

⁹³ *Vid.* C. DESOGUS, *Competition and Innovation in the EU regulation of pharmaceuticals: the case of parallel trade*, Cambridge, Antwerp, Insertia, 2011, p. 222.

⁹⁴ In fact the ECJ has hold that the price competition is, until the expiry of the patent, the only form of competition (ECJ of 16 September 2008, *Sot. Lélos kai Sia/ GlaxoSmithKline*, cases from C-468/06 to C-478/06, *Rep.* 2008, p. I-07139, par. 64)

⁹⁵ Commission Decision of 10 January 1996, *Bayer*, OJ L 201, 9.8.1996, pars. 189 and 190.

⁹⁶ CFI of 26 October 2000, *Bayer/Commission*, T-41/96, *Rep.* 2000, p. II-03383, pars. 73-110.

⁹⁷ ECJ of 6 January 2004, *Bayer*, C-2/01 P y C-3/01 P, *Rep.* 2004, p. I-00023, par. 88.

⁹⁸ ECJ of 16 September 2008, C-3 and 3/01 P, *Sot. Lélos Kai Sia y otros/ GlaxoSmithKline*, *Rep.* 2008, p. I-7139.

⁹⁹ ECJ 31 May 2005, *Syfait*, C-53/03, *Rep.* 2005, p. I-04609, pars. 5-11.

LOMER¹⁰⁰. Advocate General Jacobs considered that a pharmaceutical company is not abusing its dominant position when it refuses to serve the total of orders placed by the wholesalers, although it restricts parallel trade¹⁰¹. In fact, the Advocate General questions that parallel trade always generates efficiency in prices, since he considers that most of the benefits generated by parallel trade reverses only to distributors¹⁰².

Nevertheless, Advocate General RUIZ-JARABO understood that neither the reasons relating to public intervention -limited prices or the obligation to maintain reserves to supply the patients- nor defending the legitimate economic interests justify the conduct of *Glaxo*¹⁰³. Regarding innovation, the conclusions reached by this Attorney General are clear: it is not possible to establish a causal link between the possible damage to investment and parallel trade¹⁰⁴.

50. Given the evident discrepancy in the legal reasoning of the Advocates, the Court opted for a conciliatory position between pharmaceutical and parallel importers. Their reasoning defended that when a company with a dominant position in the market refuses to attend without good cause orders of a previous customer it is carrying out an abuse of its dominant position¹⁰⁵. Furthermore, with respect to parallel imports, the ECJ also provided that parallel trade has some protection in EU law to the extent that favors the development of trade and strengthens competition¹⁰⁶.

51. However, the ECJ was aware that it was necessary to adopt a favorable attitude to all concerned. Thus, the Court held that the fixing of supply quotas to limit parallel trade could seriously harm consumers if these companies decided to stop marketing certain drugs in countries with lower prices¹⁰⁷. Thus, the Court modulated its doctrine and held that it could be possible to restrict the supply providing that it is reasonable and proportions causes that justified it¹⁰⁸. The problem is what aspects national courts will use to determine it¹⁰⁹. The ECJ considers that a key aspect to justify such restrictions must be the abnormal character of the order¹¹⁰. Therefore, it will be the characteristics of the order between the company with a dominant position and its customers the ones that will determine whether such restrictions on the supply quota are an abuse of dominant position.

¹⁰⁰ This case was especially curious because they had come twice to the Court by two different Greek authorities. The wholesalers sued Glaxo before the Greek Antitrust Commission and also the Greek civil jurisdiction. Therefore, they used either the administrative way or civil way. In 2003, the first question comes to the ECJ sent by the Greek Antitrust Authorities. At that time, ECJ did not solve the case because it considered the Greek authority did not have jurisdiction on grounds of c 267 TFEU (ECJ 31 May 2005, *Syfait*, C-53/03, *Rep.* 2005, p. I-04609). Despite that Advocate General JACOBS gave his Opinion (Opinion of Mr. Advocate General Jacobs delivered on 28 October 2004, *Syfait*, C-53/03, *Rep.* 2004, p. I-04609). As the wholesalers also attended the civil proceedings, in 2006 the Court of Appeal of Athens sent another question to the ECJ the same clarifications it had requested by the Greek Antitrust Commission in 2003. The Advocate General RUIZ-JARABO COLOMER's Opinion was related to with the case *Sot. Lélos Kai Sia*, in this case, ECJ went inside the substance of the matter (ECJ of 16 September 2008, C-3 and 3/01 P, *Sot. Lélos Kai Sia y otros/ GlaxoSmithKline*, *Rep.* 2008, p. I-713)

¹⁰¹ Opinion of Mr. Advocate General Jacobs delivered on 28 October 2004, *Syfait*, C-53/03, *Rep.* 2004, p. I-04609, pars. 77-87, 89, 95-97.

¹⁰² Opinion of Mr. Advocate General Jacobs delivered on 28 October 2004, *Syfait*, C-53/03, *Rep.* 2004, p. I-04609, par. 98.

¹⁰³ Opinion of Mr. Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer delivered on 1 April 2008, *Sot. Lélos kai Sia*, cases from C-468/06 to C-478/06, *Rep.* 2008, p. I-07139, pars. 86, 90-98 and 106-115.

¹⁰⁴ Opinion of Mr. Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer delivered on 1 April 2008, *Sot. Lélos kai Sia*, cases from C-468/06 to C-478/06, *Rep.* 2008, p. I-07139, par. 109.

¹⁰⁵ ECJ of 16 September 2008, C-3 and 3/01 P, *Sot. Lélos Kai Sia y otros/ GlaxoSmithKline*, *Rep.* 2008, p. I-7139, par. 34; ECJ of 14 February 1978, *United Brands*, case 27-76, *Rep.* 1978, p. 67, par. 183.

¹⁰⁶ In the same way, ECJ 16 of January 1992, X, C-373/90, *Rep.* 1992, p. I-131, par. 12.

¹⁰⁷ ECJ of 16 September 2008, C-3 and 3/01 P, *Sot. Lélos Kai Sia y otros/ GlaxoSmithKline*, *Rep.* 2008, p. I-7139, pars. 69-70.

¹⁰⁸ ECJ of 16 September 2008, C-3 and 3/01 P, *Sot. Lélos Kai Sia y otros/ GlaxoSmithKline*, *Rep.* 2008, p. I-7139, par. 71.

¹⁰⁹ A case solved by English Courts was *Chemistree Homecare Ltd v. AbbVie Ltd Case*, n° A3/2013/0559, EWCA Civ. 1338, [7 of November 2013]. Concerning this case *vid.* D. W. HULL, "The application of EU Competition Law in the Pharmaceutical Sector", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol 6, n° 1, pp. 68-69.

¹¹⁰ It was considered in *United Brands*, that a practice such as cutting supply can not be abusive when orders from distributors are abnormal, although the company occupies a dominant position, it has the right to protect its commercial interests (ECJ of 14 February 1978, *United Brands*, case 27-76, *Rep.* 1978, p. 67, par. 189) *Vid.* B. CONDE GALLEGOS, "La política de competencia en el sector farmacéutico: nuevos desafíos para los derechos de propiedad industrial y el derecho de la competencia", *ADI*, núm. 31, 2010-2011, p. 62.

c) Dual pricing

52. Dual pricing is a practice carried out by pharmaceutical and wholesalers although the first one fixes a different price for the product depending on the market¹¹¹. Products for export have a higher price than those intended to be marketed on a domestic market. The result of these agreements is that the export is restricted. The concurrence of wills between pharmaceutical and wholesalers to include such clauses makes the art. 101 TFEU arise. These clauses are contrary to European competition law to be considered collusive because they restore national borders between the markets of Member States. This has been the view of European Institutions¹¹².

53. However, this statement is currently difficult to sustain after the *GlaxoSmithKline* case. The Court of First Instance, currently the General Court European Union (hereinafter, GCEU) and the ECJ provided in the last judgments that the protection of parallel trade has limits, and therefore practices such as dual pricing can be justified under some circumstances.

54. Glaxo Wellcome, a Spanish subsidiary of GlaxoSmithKline which is a well-known pharmaceutical company of British origin, sent new sales conditions concerning eighty two medicines to eighty wholesalers established in Spain. Among the conditions was the imposition of dual pricing for drugs depending on the market they were destined for. Thus, drugs sold in the Spanish market, where the buyer was a pharmacy or hospital, and therefore subject to subsequent reimbursement by the Spanish Social Security, were sold at a price while drugs intended for export were subject to a different price, generally higher.

55. These conditions were accepted by most of the Spanish distributors. However, a few of them sued Glaxo Wellcome to the European Commission. The effects of the dual pricing system were considered similar to those that occur with an export ban; therefore, the agreement was restrictive by object according to art. 101.1 TFEU. In addition, the Commission rejected the request for exemption on the grounds that they had not proven the necessary conditions required by art. 101.3 TFEU¹¹³.

56. In the appeal of Glaxo Wellcome, the GCEU ignoring the existing jurisprudential line so far, understood that the protection afforded to parallel trade must be a result of the positive effects on consumers and should not be protected in every case¹¹⁴. In view of this Court, a restriction on parallel trade does not automatically mean a restriction of competition by object. Thus, the Court believes that not all restrictions on parallel trade must be contrary to competition law. Thus, the GCEU considered the possibility of granting an exemption from the dual pricing agreement¹¹⁵. The GCEU focused on the dual effect of parallel trade. This allows a greater competition in the drug's price. But, on the other hand, this competition makes pharmaceutical revenues lower reducing their ability to invest in R & D. Therefore, the significance of research in the pharmaceutical sector led the Court to consider that the Commission had not properly examined the evidence submitted by Glaxo Wellcome¹¹⁶.

¹¹¹ Vid. F. LIBERATORE, "UK calls for a ban of parallel trade of prescription medicines- What are the EU competition law implications?", *European Competition Law Review*, 2013 34 (4), p. 193.

¹¹² ECJ of 28 April 1998, *Javico*, C-306/96, *Rep.* 1998, p. 01983, pars. 13 y 14; ECJ of 6 April 2006, *General Motors BV/Commission*, C-551/03 P, *Rep.* 2006, p. I-03173, pars. 67-69; ECJ of 16 September 2008, *Sot. Lélos Kai Sia y otros/ GlaxoSmithKline*, C-3 and 3/01, *Rec.* 2008, p. I-7139, par. 65; Commission Decision of 8 May 2001, *Glaxo Wellcome*, OJ L 302/1, 17.11.2001.

¹¹³ Commission Decision of 8 May 2001, *Glaxo Wellcome*, OJ L 302/1, 17.11.2001.

¹¹⁴ ECF of 27 September 2006, *GlaxoSmithKline*, T-168/01, *Rep.* 2006, p. II-02969, par. 121, where the Court hold: "While it has been accepted since then that parallel trade must be given a certain protection, it is therefore not as such but, as the Court of Justice held, in so far as it favours the development of trade, on the one hand, and the strengthening of competition (...), that is to say, in this second respect, in so far as it gives final consumers the advantages of effective competition in terms of supply or price (...). Consequently, while it is accepted that an agreement intended to limit parallel trade must in principle be considered to have as its object the restriction of competition, that applies in so far as the agreement may be presumed to deprive final consumers of those advantages".

¹¹⁵ Vid. B. CONDE GALLEGU, "La política de competencia en el sector farmacéutico: nuevos desafíos para los derechos de propiedad industrial y el derecho de la competencia", *ADI*, núm. 31, 2010-2011, p. 58.

¹¹⁶ ECF of 27 September 2006, *GlaxoSmithKline*, T-168/01, *Rep.* 2006, p. II-02969, pars. 2 and from 299 to 315.

57. Faced with the appeal filed by the parties, the Court confirmed the judgment of the GCEU in some aspects. The Court considers that the Commission erred in its assessment of the criteria which let the exemption of the agreement. Therefore, the exemption of an agreement requires that the restriction is justified and it is consistent with to objective efficiencies related to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress. For this reason, the Court understands that to appreciate these efficiencies evidence provided by the pharmaceutical company must be verified, so that, within those valuations it is not --surprising to appreciate the peculiarities of the sector. Therefore, the Court holding the Commission has taken into account the data provided by Glaxo -- which shows the potential loss of efficiency caused by parallel trade and the effects of restricting investment in innovation¹¹⁷. Therefore, the Court agrees with the GC that a free selling price for medicines that are not reimbursed by Social Security Systems State, may involve greater investment in research. Therefore, an exemption to the agreement to establish a double price, although it restricts parallel trade, could be justified if it increases innovation.

¹¹⁷ ECJ of 6 October 2009, *GlaxoSmithKline*, Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, *Rep.* 2009, p. I-09291, pars. 81-88.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: LA INTEGRACIÓN EN EL NUEVO MEDIO

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD: SETTLEMENT IN A NEW ENVIRONMENT

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

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

Recibido: 15.07.2016 / Aceptado: 04.08.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3254>

Resumen: Este trabajo trata sobre el interés superior del menor en los casos de sustracción internacional. El art. 12 del Convenio de La Haya de 1980 establece que, si el procedimiento de restitución ha comenzado cuando ha transcurrido un período de tiempo superior a un año y el menor se encuentra integrado en su nuevo medio, la autoridad competente no está obligada a ordenar el retorno del menor. Si no se cumplen las condiciones del art. 12, la integración del menor en el nuevo medio debería ser tomada en consideración por la autoridad que ostente la competencia para decidir sobre el derecho de custodia.

Palabras clave: interés superior del menor, integración en el nuevo medio, sustracción internacional, Convenio de La Haya de 1980.

Abstract: This article deals with the best interests of the child in cases of international abduction. Article 12 of the 1980 Hague Convention states that, if a proceeding has been commenced after the expiration of a period of one year and the child is now settled in its new environment, the authority having jurisdiction may not order the return of the child. If the conditions of Article 12 are not fulfilled, the settlement in a new environment should be taken into account by the authority having jurisdiction in matters of rights of custody.

Keywords: best interests of the child, settlement in a new environment, international child abduction, 1980 Hague Convention.

Sumario: I. Introducción. II. El interés superior del menor ante el Tribunal Constitucional español. 1. Antecedentes. 2. La ponderación del principio del interés superior del menor. 3. La valoración de las circunstancias actuales del menor. A) La aplicación al caso del Convenio de La Haya de 1980. B) Custodia versus patria potestad. C) La integración del menor. III. El interés superior del menor y su integración: la diferencia entre el procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980 y el procedimiento sobre el fondo del asunto. 1. El cómputo del plazo de un año en el Convenio de La Haya de 1980. 2. El procedimiento sobre el fondo del asunto. A) El procedimiento sobre el fondo del asunto en los casos de sustracción intracomunitaria. B) El procedimiento sobre el fondo del asunto en los casos de sustracción no intracomunitaria. IV. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo versa sobre el concepto de *interés superior del menor*, en los casos en que éste ha sido objeto de sustracción internacional por parte de uno de sus progenitores.

Para ello, se examinará el valor asignado a dicho *interés superior* cuando España es el país en que se encuentra el menor, como consecuencia de un traslado o retención ilícitos.

2. Será utilizado como punto de partida el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español de 1 de febrero de 2016, relativo a una sustracción internacional incluida en el ámbito de aplicación del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980* (en adelante, Convenio de La Haya de 1980)¹.

A continuación, en el artículo se examinará la diferencia entre el procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980 y el procedimiento posterior, relativo al fondo del asunto. Para ello, se valorará qué tribunales son competentes para conocer del procedimiento relativo al fondo del asunto y el papel que juega la integración del menor en estos diferentes procedimientos, a la hora de tomar una decisión que valore el interés superior del menor.

II. El interés superior del menor ante el Tribunal Constitucional español

1. Antecedentes

3. En su Sentencia de 1 de febrero de 2016, el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre el caso de una menor que fue trasladada desde Suiza a España².

La menor, nacida a finales del año 2009, llegó a España acompañada de su madre en el verano de 2013, solicitando el padre su restitución a Suiza el 7 de noviembre de 2013.

Como consecuencia de la inhibición del Juzgado de Primera Instancia, conoció de la solicitud de restitución el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Dicho Juzgado desestimó la solicitud de restitución de la menor, que el padre había presentado en virtud del Convenio de La Haya de 1980.

4. La decisión del Juzgado se basó en los siguientes extremos³:

- se consideró acreditada la residencia habitual de la menor en Suiza,
- se apreció la concurrencia del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980,
- se consideró que existía una vinculación entre la estancia de la menor en España, las razones de la llegada de la madre y su negativa a regresar a Suiza, y
- se admitió que la restitución implicaría un riesgo mientras no existiera un pronunciamiento de los órganos judiciales en el ámbito penal.

5. Ante los tribunales suizos se solicitaron por el padre medidas provisionales, siendo atribuida la guarda y custodia al padre, en diversas resoluciones recaídas entre septiembre de 2013 y junio de 2014.

6. Los tribunales españoles dictaron varias resoluciones a lo largo del año 2014, atribuyendo provisionalmente la guarda y custodia a la madre, con sujeción de la menor a la patria potestad de ambos progenitores; se concedió al padre el derecho de visita y se prohibió la salida de la menor de España sin el consentimiento expreso de ambos progenitores o, faltando éste, se exigió autorización judicial como requisito para la salida.

7. Se recibió en España, además, una solicitud de exequátur de las resoluciones suizas dictadas en 2013, siendo la solicitud desestimada en junio de 2014.

8. En segunda instancia, la Audiencia Provincial ordenó la restitución inmediata de la menor a Suiza, siendo destacables los siguientes extremos de dicha resolución⁴:

¹ Ratificado por Instrumento de 28 de mayo de 1987 (*BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987, pp. 26099; rect. *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1989; *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1996, p. 2144).

² STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16).

³ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Antecedentes, Apartado Segundo.

⁴ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498).

- se consideró que existía una retención ilícita, al ser el padre cotitular de la patria potestad y no haber existido consentimiento a la retención por su parte. La Audiencia Provincial estimó que el consentimiento del padre se refería al desplazamiento y estancia temporal en España de la menor durante el período vacacional y no, en cambio, al establecimiento definitivo de madre e hija en territorio español⁵,
- se entendió que no cabía apreciar la concurrencia de la situación a la que se refería el art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980, tras la valoración de diversos elementos (informes médicos, la denuncia presentada por la madre ante la Policía el 4 de agosto, el informe forense del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la declaración del padre ante las autoridades suizas y diversas resoluciones de las autoridades españolas)⁶,
- se indicó que el interés superior del menor constituye el principio base de todo el derecho relativo a los menores⁷.

9. En el ámbito penal, por lo que respecta al procedimiento en España (ya que también se llevaron a cabo actuaciones en este ámbito en el extranjero), cabe destacar la inhibición del Juzgado de Primera Instancia en favor del Juzgado de Violencia de la Mujer, la denegación de dos solicitudes de orden de protección formuladas por la madre y un sobreseimiento. A continuación se procedió a la reapertura de actuaciones, sin haber recaído sentencia en la fecha del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

2. La ponderación del principio del interés superior del menor

10. El recurso de amparo se encuentra dirigido, fundamentalmente, contra el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2015⁸. El Tribunal Constitucional entró a valorar la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión alegada por la madre, que consideraba que había existido falta de motivación, concretada en⁹:

- contradicción con otras resoluciones judiciales,
- falta de ponderación de la situación actual de la menor a la hora de valorar el interés superior de la misma, y
- discrepancia, a los efectos de determinar la concurrencia del motivo de denegación del retorno del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980, a la hora de valorar la denuncia interpuesta por la madre por violencia doméstica.

11. El Tribunal Constitucional español comienza señalando que la adecuación constitucional de la motivación de la resolución objeto de amparo ha de ser valorada en función del principio del interés superior del menor. Así, dicho interés ha de presidir la decisión a tomar por los jueces, debiendo ponderarlo con el interés de los progenitores, ya que, si bien éste es de menor rango, no ha de ser menospreciado¹⁰.

Al respecto, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece en su art. 3.1¹¹: “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”.

⁵ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498), Razonamiento Jurídico Quinto. El consentimiento, tal como indica C. MARÍN PEDREÑO, ha de ser “claro e inequívoco” (Vid. C. MARÍN PEDREÑO, *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*; Málaga, Editorial Ley 57, 2015, p. 57).

⁶ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498), Razonamiento Jurídico Sexto.

⁷ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498), Razonamiento Jurídico Sexto.

⁸ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498).

⁹ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Cuarto.

¹⁰ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Sexto.

¹¹ *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE* núm. 313, de 31 de diciembre 1990, p. 38897.

12. Con respecto a dicho principio, el Tribunal Constitucional recuerda que la fundamentación de las resoluciones se considera lesiva, desde una perspectiva constitucional, si en la resolución se observa una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor¹².

13. Así, el principio del interés superior del menor se traduce en las siguientes obligaciones de los órganos judiciales¹³:

- a) se encuentran obligados a llevar a cabo un juicio de ponderación,
- b) dicho juicio ha de constar expresamente en la resolución,
- c) han de identificarse los bienes y derechos en presencia y que afectan a las distintas partes implicadas, para así poder realizar una valoración de la medida que se adopte, en el sentido de si resulta necesaria y proporcionada.

14. Se procede así a comprobar si en la motivación de la resolución de la Audiencia Provincial se ha llevado a cabo, de manera expresa, un juicio de ponderación que, en el caso concreto, identifica el interés superior del menor¹⁴. En el caso objeto de estudio, ello se traduce en valorar, fundamentalmente, las dos siguientes cuestiones¹⁵:

- a) las circunstancias actuales del menor, a la hora de ponderar su interés superior para detener la restitución inmediata al país de origen,
- b) la concurrencia del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980.

De las dos cuestiones mencionadas, vamos a referirnos principalmente a la primera de ellas, al ser la relativa al interés superior del menor.

3. La valoración de las circunstancias actuales del menor

15. Las circunstancias actuales del menor, en un caso de sustracción internacional por uno de sus progenitores, han de ser valoradas a los efectos de poder determinar si, en interés del mismo, cabe ordenar la restitución del menor a su país de origen (principio general del Convenio de La Haya de 1980) o bien procede denegar su retorno (con carácter excepcional)¹⁶.

A) La aplicación al caso del Convenio de La Haya de 1980

16. Procede la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 a este supuesto, dada la concurrencia de los siguientes elementos:

- la menor tiene una edad inferior a dieciséis años (art. 4),
- tanto el país de residencia habitual de la menor previo a la sustracción (Suiza), como el país en el que se encuentra la menor (España), son ambos Estados parte en el Convenio¹⁷,

¹² El Tribunal Constitucional se remite en el Fundamento Jurídico Sexto a la STC (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2014 (RTC 2014\138) que, en el Fundamento Jurídico Quinto comienza estableciendo que: “La citada fundamentación de los órganos judiciales, examinada desde el canon de razonabilidad..., reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del art. 39 CE..., debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir sobre la extensión del derecho de comunicación y visita de los abuelos con los nietos”.

¹³ El Tribunal Constitucional se remite en el Fundamento Jurídico Sexto a la STC (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008\176).

¹⁴ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Séptimo.

¹⁵ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Noveno.

¹⁶ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 232.

¹⁷ Pueden ser consultados los Estados parte en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (fecha de consulta: 11 de julio de 2016).

- existe una retención ilícita, dado que el progenitor que solicita la restitución (el padre de la menor), era cotitular del derecho de custodia -en el sentido del Convenio de La Haya de 1980- con arreglo al Derecho suizo (Derecho del país de residencia habitual previa a la sustracción) y este derecho de custodia se ejercía de manera efectiva (art. 3).

B) Custodia versus patria potestad

17. En el ámbito de la valoración de las circunstancias del menor en un caso de sustracción internacional, vamos a referirnos al concepto de *derecho de custodia* que maneja el Convenio de La Haya de 1980.

18. En su art. 5, el Convenio de La Haya de 1980 define el concepto de custodia como “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”.

A la hora de aplicar el Convenio de La Haya de 1980, ha de tenerse presente que los Derechos internos de los Estados parte en el mismo pueden referirse, bajo el término *derecho de custodia*, a distintos conceptos. Ello resulta relevante, dado que la atribución del derecho de custodia (en el sentido del Convenio), ha de ser valorada, según dispone el art. 3 del Convenio, con arreglo al Derecho del país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción. Es decir, es preciso determinar, conforme al Derecho del país de origen del menor, si el progenitor que solicita su restitución es titular (separada o conjuntamente), del derecho relativo al cuidado del menor y, “en particular”, del derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Lo relevante es ser titular de tales derechos, con independencia de la denominación que reciban, conforme al Derecho del país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción.

19. En el caso objeto del pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, el país de residencia habitual de la menor, previa a la sustracción, era Suiza, por lo que lo relevante en el mismo es que el padre, solicitante de la restitución, era titular del derecho de custodia (conforme al Convenio de La Haya de 1980), en virtud del Derecho suizo.

20. Vamos a referirnos en este punto, antes de continuar con el caso objeto de estudio, al Derecho interno español, es decir, a qué ocurre cuando es España el país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción. Ello hace preciso remitirse a la *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, en lo que respecta al concepto de *custodia* y de *patria potestad*¹⁸.

La Fiscalía General del Estado recuerda que la jurisprudencia considera que la guarda y custodia del Derecho interno español se encuentra integrada entre las facultades de la patria potestad (de nuevo, del Derecho interno español)¹⁹.

Así, mientras que la guarda y custodia viene referida al cuidado diario y cotidiano del menor, las decisiones que exceden de la guarda y custodia -como es el caso de la fijación de la residencia habitual del menor y los posteriores traslados que lo aparten de su domicilio habitual-, requieren el concurso de los titulares de la patria potestad, de tal forma que no pueden ser tomadas unilateralmente por el progenitor custodio²⁰.

¹⁸ *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_6-2015.pdf?idFile=7df9cead-b7b2-410d-acb2-1bd871521d14 (fecha de consulta: 11 de julio de 2016). Sobre esta *Circular*, vid., entre otros, F. J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr.*, núm. 3, 2016, en especial, pp. 47-51.

¹⁹ *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, pp. 83-84.

²⁰ *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, p. 84.

Por ello, si se dicta una resolución conforme al Derecho español, en la que la patria potestad corresponde a ambos progenitores, mientras que la guarda y custodia se asigna únicamente a uno de ellos, ha entenderse que, no siendo incluida previsión específica sobre la facultad de decidir el lugar de residencia del menor, las decisiones sobre la residencia han de ser tomadas por acuerdo de los progenitores y, en defecto de acuerdo, por decisión judicial²¹. Por lo tanto, tal como se indica en la *Circular*, “un traslado con cambio de residencia de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado”²².

Así, siendo cotitulares de la patria potestad los dos progenitores y no existiendo acuerdo de ambos progenitores sobre un posible cambio de residencia habitual del menor, el progenitor que desee llevar a cabo dicha modificación de la residencia habitual del menor tendrá que acudir al órgano judicial para que éste, si lo considera procedente, le conceda la autorización para el cambio de residencia²³.

En conclusión, cuando es España el país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción, la pregunta que se ha de formular al progenitor que desea solicitar la restitución del menor, no es si ostenta el *derecho de custodia*, sino si ostenta la *patria potestad*, conforme al Derecho interno español.

En el Derecho interno español, uno de los casos en los que un progenitor no ostentará la patria potestad será, precisamente, aquél en que haya sido condenado por el delito del art. 225 *bis* del Código Penal español²⁴. La pena que dicho precepto establece para el caso de que un progenitor sustraiga a su hijo menor sin causa justificada, consiste en prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. En concreto, en el caso de sustracción internacional, es decir, si el menor ha sido trasladado fuera de España, dichas penas se impondrán en su mitad superior (art. 225 *bis*, apartado tercero, del Código Penal español).

C) La integración del menor

21. El Tribunal Constitucional español afirma que la integración del menor “constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento de inmediata restitución”²⁵.

22. El Convenio de La Haya de 1980 se refiere a la integración del menor en su art. 12, estableciendo que:

“Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución del inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio...”

²¹ *Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, p. 85. Vid. C. MARÍN PEDREÑO, *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Málaga, Editorial Ley 57, 2015, p. 38 que, en este sentido, se refiere al error en que se encuentran los progenitores que, ostentando el derecho de visita conforme al Derecho interno español, creen que no pueden solicitar la restitución del menor, dado que ello si es posible, en la medida en que ostenten la patria potestad.

²² *Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, p. 86.

²³ *Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, p. 86.

²⁴ Sobre el art. 225 *bis* del Código Penal, vid., entre otros, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 207-208.

²⁵ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

23. Así, el Convenio de La Haya de 1980 toma en consideración el tiempo transcurrido entre el *traslado* o *retención ilícita* y la *fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor*, a la hora de determinar si procede o no ordenar la restitución del menor al país de origen.

Como se observa en el segundo párrafo del art. 12, la circunstancia de que “quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”, permite así denegar la restitución del menor al país de origen, en caso de que el procedimiento se hubiera iniciado ante la autoridad competente del país requerido “después de la expiración del plazo de un año...”.

24. Así, nos encontramos, en virtud del Convenio de La Haya de 1980, con una serie de motivos que permiten denegar la restitución del menor al país de origen cuando ha transcurrido menos de un año:

- a) no ejercicio efectivo del derecho de custodia por parte del titular del mismo (en el momento del traslado o retención), consentimiento o posterior aceptación del traslado o retención (art. 13.a)²⁶,
- b) grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera lo ponga en una situación intolerable (art. 13.b), primer párrafo)²⁷,
- c) oposición del menor a la restitución, siempre que el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones (art. 13.b), segundo párrafo)²⁸, o
- d) restitución no permitida por los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20)²⁹.

25. En cambio, en caso de que el tiempo transcurrido entre el *traslado* o *retención ilícita* y la *fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor* haya sido superior a un año, los motivos que permiten denegar la restitución del menor son:

- los motivos de los arts. 13.a), 13.b) primer y segundo párrafo, y art. 20, o
- la integración del menor en su nuevo medio.

²⁶ Vid. P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, pp.187-190.

²⁷ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores. Sección Quinta. Sustracción internacional de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, epígrafe 18.

²⁸ Cabe tener presente que la audiencia del menor juega un papel distinto el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 y en el *Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1 y ss., modificado por el Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo de 2 de diciembre de 2004 (DOCE núm. L 367, de 14 diciembre 2004); versión consolidada disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469530677764&uri=CELEX:02003R2201-20050301>). Al respecto, vid. P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, La Ley – Wolters Kluwer, 2009, p. 528; A. GOUTTENOIRE, “L’audition de l’enfant dans le règlement “Bruxelles II bis””, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, pp. 201-207.*

²⁹ Vid. P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, pp. 199-20; *Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, elaborado por E. PÉREZ VERA, § 33 (Vid. texto del informe en <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf> , fecha de consulta: 11 de julio de 2016). Con respecto a este motivo de denegación de la restitución del menor, en el caso de Estados Contratantes que cuentan con Ordenamientos de base personal, vid. H. VAN LOON, “The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 1, 2010, p. 262; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 56.

26. Para valorar la integración del menor, ha de tomarse en consideración si el ambiente familiar, social y cultural del nuevo medio permite garantizar el correcto desarrollo del menor (en el plano físico y psicológico), de tal forma que su permanencia en el nuevo medio resulte más ventajosa que su retorno al país en que residía habitualmente antes de la sustracción³⁰.

27. Conforme al art. 12 del Convenio, la Audiencia Provincial había determinado que, ante la existencia de traslado ilícito, no siendo apreciables los motivos de denegación de la restitución de los arts. 13.a) (consentimiento a la retención ilícita) y 13.b) (grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera lo ponga en una situación intolerable) y, habiendo transcurrido meses sin que la menor tuviera relación con su padre, el interés del menor se correspondía con el retorno³¹.

En estas condiciones, el Auto reproduce textualmente el art. 12 del Convenio, que otorga un valor determinado a la integración del menor en el nuevo medio como elemento de ponderación de la decisión sobre la restitución; y aprecia que, confirmado el traslado ilícito y sin que concurren las causas excepcionales para detener el retorno, unido a la constatación de la pérdida de relación con el padre durante meses, el interés de la menor se corresponde con dicho retorno, lo cual constituye la asunción de la valoración del interés del menor que subyace en el sistema del Convenio.

28. Como indica el Tribunal Constitucional, en el caso objeto de estudio no se produjo el transcurso de un año, en el sentido del art. 12, párrafo segundo del Convenio, dado que el procedimiento de restitución fue promovido cuando habían transcurrido unos tres meses desde la sustracción³².

29. No obstante, el Tribunal Constitucional destaca que, desde el inicio de los hechos, en agosto de 2013, hasta la resolución recaída en apelación, han transcurrido aproximadamente veinte meses³³. Se admite que la dilación del procedimiento judicial se debió a diversas vicisitudes procesales, como la impugnación de la competencia del Juzgado de Primera Instancia, en virtud de las denuncias de violencia de género³⁴. Es decir, el transcurso de los veinte meses no se debió ni a la actitud del solicitante de la restitución ni a la del progenitor que protagonizó la sustracción³⁵.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional considera que, con independencia de las causas que provocaron el transcurso de los veinte meses, no puede verse menoscabado el interés superior de la menor, debiendo así ser valorada su situación actual, puesto que puede haberse producido una plena integración de la menor en su nuevo medio³⁶.

Así, entiende el Tribunal Constitucional que el principio del interés superior del menor impone una valoración que fue omitida en la resolución de la Audiencia Provincial y que, por lo tanto, no se encuentra suficientemente motivada³⁷. Ello hace preciso, a la hora de valorar la situación de integración del menor, ponderar “el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España”³⁸.

³⁰ Vid. A. SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milán, Giuffrè, 1995, p. 82.

³¹ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³² STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³³ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo. Vid. F. J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr.*, núm. 3, 2016, p. 52, en la que señala que “La sentencia de 1 de febrero de 2016 alude a que los hechos acaecieron en agosto de 2013 y a que por diversas vicisitudes procesales no se finalizó el procedimiento en casi 20 meses, pero omite resaltar que desde que el Constitucional paralizó el retorno hasta que dictó sentencia pasaron otros añadidos nuevos más de ocho meses”.

³⁴ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³⁵ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³⁶ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³⁷ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³⁸ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

Considera además el Tribunal que esta conclusión resulta acorde con la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado del art. 8 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en el sentido de que el órgano competente para pronunciarse sobre el retorno del menor ha de emitir una decisión suficientemente motivada, en la que se observe un examen eficaz de los motivos de denegación de la restitución³⁹.

Esta falta de motivación constituye, en opinión del Tribunal Constitucional, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁴⁰.

III. El interés superior del menor y su integración: la diferencia entre el procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980 y el procedimiento sobre el fondo del asunto

30. Según hemos expuesto, el Tribunal Constitucional admite que no transcurrió un plazo superior a un año, en el sentido al respecto empleado en el Convenio de La Haya de 1980. No obstante, considera que, al encontrarse la menor en España tras más de veinte meses, no puede verse menoscabado el interés superior de la menor, debiendo así ser valorada su situación actual, dado que puede haberse producido una plena integración de la menor en su nuevo medio.

Por ello, el Tribunal Constitucional declara la nulidad del Auto de 31 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, ordenando que se retrotraigan las actuaciones, para que el órgano judicial dicte una nueva resolución, respetuosa con el derecho fundamental objeto de vulneración.

31. Como hemos señalado con anterioridad, la Audiencia Provincial se pronunció en el Auto sobre la restitución de la menor, en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980.

Cuando un órgano judicial de un Estado Contratante ha de valorar si procede ordenar el retorno del menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980, dicha autoridad ha de determinar, en primer lugar, si el caso resulta incluido en el ámbito de aplicación del Convenio. Tal como hemos explicado con anterioridad, el caso objeto de estudio sí encaja en el mencionado ámbito de aplicación.

En segundo lugar, para tomar una decisión sobre el retorno o no retorno del menor, ha de ser tenido en cuenta el principio general de restitución del menor y los motivos que, con carácter excepcional, pueden permitir denegar dicho retorno a la autoridad competente⁴¹.

1. El cómputo del plazo de un año en el Convenio de La Haya de 1980

32. Según hemos indicado, para que se pueda activar el segundo párrafo del art. 12 del Convenio de La Haya de 1980, es decir, para denegar la restitución del menor con base en su integración en el nuevo medio, es preciso que haya transcurrido un período de tiempo superior a un año entre *la sustracción y el momento en que se presenta la solicitud de retorno del menor*. Al respecto, la doctrina llama la atención sobre el recurso a manipulaciones procesales con la finalidad de hacer transcurrir este plazo de un año⁴².

³⁹ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo. Art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁴⁰ Con respecto a los efectos de los recursos ante tribunales constitucionales sobre la celeridad que requieren los procedimientos de sustracción internacional de menores, vid. F. J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3, 2016, pp. 52-53.

⁴¹ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 232.

⁴² Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Sustracción de menores y eliminación del *exequatur* en el Reglamento 2201/2003”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, Iustel, 2008, p. 271.

Así, ha de tenerse presente, como apunta la doctrina, que si la solicitud de restitución del menor se presenta en un plazo inferior a un año y la autoridad competente resuelve después del transcurso del año, no cabe activar el art. 12, párrafo segundo del Convenio⁴³.

33. La cuestión es que el Tribunal Constitucional ordena, según hemos señalado, que se declare la nulidad del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, que se retrotraigan las actuaciones y así el órgano judicial dicte una nueva resolución.

El pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid al que se refiere el Tribunal Constitucional es una resolución dictada en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980. La competencia judicial internacional para pronunciarse sobre la restitución del menor corresponde a los tribunales españoles, al ser España el país requerido⁴⁴.

34. Como la Audiencia Provincial se encuentra conociendo de la acción de restitución ejercitada por el padre en virtud del Convenio de La Haya de 1980, la decisión de la misma ha de referirse a la procedencia o improcedencia de la restitución de la menor, conforme a dicho Convenio. Según dicho Convenio, como hemos señalado, la valoración de la integración del menor como o motivo de denegación de la restitución entra en escena si han transcurrido un período de tiempo superior a un año entre *la sustracción y el momento en que se presenta la solicitud de retorno del menor*. Según admite el Tribunal Constitucional, dicho plazo no ha transcurrido en el caso objeto de examen, ya que la solicitud de restitución se presentó al cabo de unos tres meses desde la sustracción⁴⁵.

35. Por ello, si la Audiencia Provincial se encuentra aplicando el Convenio de La Haya de 1980, consideramos que suscita dudas que pueda entrar a valorar la integración del menor en España cuando no se cumple el presupuesto que para ello exige el Convenio. Es decir, si no ha transcurrido el plazo de un año en el sentido del Convenio, entendemos que no cabe valorar la integración del menor. Ahora bien, con ello nos referimos a todos aquellos procedimientos en los que, concretamente, se solicita la restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Cuestión distinta son los procedimientos en los que el órgano judicial es competente para conocer del fondo del asunto, es decir, de la atribución del derecho de custodia.

2. El procedimiento sobre el fondo del asunto

36. Tal como dispone el art 19 del Convenio de la Haya de 1980: “Una decisión adoptada en el marco del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia”.

37. Por lo tanto, la cuestión del fondo del derecho de custodia ha de ser valorada en un procedimiento distinto del procedimiento de restitución iniciado en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, que no regula esta cuestión⁴⁶. En este sentido, el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980 establece que “Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto

⁴³ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores. Sección Quinta. Sustracción internacional de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, epígrafe 18.

⁴⁴ Vid., entre otros, arts. 11, 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya de 1980.

⁴⁵ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

⁴⁶ Vid., entre otros, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional de menores. Ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 6, núm. 2, 2014, p. 133; I. REIG FABADO, “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 246-247.

en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”.

38. Según hemos indicado, como la Audiencia Provincial estaba conociendo de un procedimiento de restitución en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, no podía valorar la integración del menor, al no cumplirse el presupuesto que para ello exige el Convenio. En cambio, sí consideramos que la integración del menor ha de ser valorada en un procedimiento posterior, relativo al fondo del asunto, es decir, al derecho de custodia.

Para ello, sería preciso determinar qué tribunales serían competentes para conocer del fondo del asunto y, en concreto, si serían los tribunales españoles.

A) El procedimiento sobre el fondo del asunto en los casos de sustracción intracomunitaria

39. Si el caso se refiriese a una sustracción intracomunitaria de menores, es decir, si el país de residencia habitual previa a la sustracción y el país en el que se encuentra el menor como consecuencia de la sustracción fueran ambos Estados miembros de la Unión Europea, resultaría aplicable el *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000* (en adelante, R 2201/2003)⁴⁷.

Dicho Reglamento, dentro de las correcciones que realiza al Convenio de La Haya de 1980, se refiere al procedimiento posterior sobre el fondo del asunto, tras haber sido dictada una orden de no restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980⁴⁸. Así, en virtud de los arts. 11.6 y 11.8 del Reglamento, el tribunal que hubiera dictado una orden de no restitución o la Autoridad Central de dicho Estado miembro, tendría que remitir copia de la resolución judicial y de los documentos pertinentes al tribunal del Estado miembro competente para decidir sobre el fondo del asunto (o a su Autoridad Central)⁴⁹.

40. La competencia para conocer del fondo del asunto, según establece el art. 10 del Reglamento, corresponde a los tribunales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual con anterioridad al traslado o retención ilícitos⁵⁰. Así, aun cuando la nueva residencia habitual del menor se encuentre en el Estado miembro de su sustracción, la regla general, conforme al art. 10 del R 2201/2003, es que la competencia judicial internacional para decidir sobre el fondo del asunto corresponde a los tribunales del Estado miembro de origen, siendo así reforzada la operatividad de dicho *juez de origen*⁵¹.

⁴⁷ *Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000* (DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1 y ss., modificado por el Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo de 2 de diciembre de 2004 (DOCE núm. L 367, de 14 de diciembre de 2004); versión consolidada disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469530677764&uri=CELEX:02003R2201-20050301>).

⁴⁸ Para el examen de estas correcciones, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, pp. 49 y ss.

⁴⁹ Con respecto a la documentación que ha de ser remitida, Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 44-45.

⁵⁰ Con respecto a esta competencia sobre el fondo del asunto, vid., entre otros, M. HERRANZ BALLESTEROS, “International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation”, *R. G. D.*, núm. 34, 2004, p. 351; H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 228. Si bien la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto corresponderá, como regla general, a los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor previa a la sustracción, consideramos que ha de tenerse presente que cabe la posibilidad de acudir a otros foros, como el foro del art. 12.1 del Reglamento, que establece una serie de condiciones para que el tribunal competente para conocer de una crisis matrimonial, conforme al art. 3, asuma la competencia en materia de responsabilidad parental vinculada con dicha demanda. Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 177; y C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, pp. 113 y ss.

⁵¹ Vid. I. REIG FABADO, “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, Iustel, 2008, p. 233.

41. La regla excepcional es que dicho juez pierda la competencia, la cual responde al objetivo de no conservar la competencia judicial internacional si el Estado miembro de origen no corresponde “con la realidad del entorno al que está integrado el menor”⁵². El art. 10 del Reglamento establece las condiciones para que los tribunales del Estado miembro de origen pierdan la competencia judicial internacional, pérdida que ha de producirse “sólo bajo condiciones muy estrictas”⁵³. Así, el precepto determina que “... los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien, b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes...”⁵⁴.

Como se observa en la letra b), además del transcurso del plazo de un año, es precisa la integración del menor en su nuevo medio, lo cual ocurrirá con frecuencia, puesto que habrá transcurrido al menos un año desde su sustracción⁵⁵.

Aquí se observa entonces que se asigna a la integración del menor un papel diferente al que hemos examinado en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980⁵⁶. Así, no se utiliza dicha integración del menor como motivo de denegación de la restitución, sino como uno de los elementos para determinar la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto⁵⁷.

Al transcurso del plazo de un año y la integración del menor en su nuevo medio, se añade una condición adicional, que ha de ser una de las que se enumeran en el art. 10.b.) del Reglamento:

- la no presentación, por el titular del derecho de custodia, de una demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido, en el citado plazo de un año (art. 10.b.i) del Reglamento)⁵⁸,
- el desistimiento de una demanda de restitución del titular del derecho de custodia, en el citado plazo de un año, sin haber presentado una demanda nueva (art. 10.b.ii) del Reglamento)⁵⁹,
- el archivo del asunto por el tribunal del Estado miembro de residencia habitual del menor previa a la sustracción (art. 10.b.iii) del Reglamento)⁶⁰,
- el dictado de una resolución sobre el fondo del asunto que no implica la restitución del menor, por parte de los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor previa a la sustracción (art. 10.b.iv) del Reglamento)⁶¹.

⁵² Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental [Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003]”, *InDret*, noviembre 2004, núm. 250, p. 11.

⁵³ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 38.

⁵⁴ Sobre el análisis de estas condiciones vid., entre otros, A. DEVERS, “Les enlèvements d’enfants et le Règlement “Bruxelles II bis”, en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, Bruselas, Bruylant, 2004, p. 38; H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, pp. 228-229. Vid. también M. HERRANZ BALLESTEROS, “International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation”, *R. G. D.*, núm. 34, 2004, pp. 351-353; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 184.

⁵⁵ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 229.

⁵⁶ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, p. 105.

⁵⁷ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, pp. 228-229.

⁵⁸ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 230.

⁵⁹ Con respecto al desistimiento, vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 185.

⁶⁰ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 230; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 185-186.

⁶¹ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit*

42. Dados los supuestos contemplados en el art. 10 del Reglamento, se llega a la conclusión, como se ha adelantado, de que en los casos de sustracción intracomunitaria de menores, la regla excepcional es que el tribunal del Estado miembro de la sustracción pueda asumir la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto. Por ello, la integración del menor, que consideramos ha de ser examinada en el procedimiento sobre el fondo del asunto, no corresponde valorarla, como regla general, al tribunal del Estado miembro de la sustracción.

B) El procedimiento sobre el fondo del asunto en los casos de sustracción no intracomunitaria

43. Tal como hemos indicado al resumir los hechos del caso, el país de residencia habitual de la menor previa a la sustracción era Suiza. Como no nos encontramos ante una sustracción intracomunitaria de menores (dado que el país de origen del menor no es un Estado miembro), la competencia judicial internacional para conocer del procedimiento sobre el fondo del asunto, con posterioridad a la acción de restitución ejercitada en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, tendría que ser determinada en virtud del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*⁶². Ello se debe a que consideramos que, en este caso, se trata de determinar si los tribunales suizos conservan la competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto o si dicha competencia puede ser asumida por los tribunales españoles.

Procede así la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 a este supuesto, dado que Suiza y España son ambos Estados parte en el Convenio y la menor tiene una edad inferior a dieciocho años (art. 2)⁶³.

44. Al igual que en el caso de la sustracción intracomunitaria de menores, vamos a examinar en qué medida podría corresponder, a los tribunales del país de la sustracción, la competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto. Ello se debe a que, según la tesis que hemos expuesto, la integración del menor tendría que ser valorada en el ámbito de dicho procedimiento y no en el procedimiento relativo a la restitución del Convenio de La Haya de 1980. El motivo es que, como hemos apuntado, consideramos que no se cumplen, en el caso objeto del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, las condiciones que exige el Convenio de La Haya de 1980 para que el tribunal del país de la sustracción (España) pueda denegar la restitución en virtud de dicha integración del menor en su nuevo medio.

45. El art. 7 del Convenio de La Haya de 1996 se refiere a la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto, cuando el menor ha sido objeto de sustracción internacional. El art.7.1 establece que “En caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado y: a) Toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención, o b) el niño resida en este otro Estado por un período de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido

communautaire du divorce et de la responsabilité parentale, París, Dalloz, 2005, p. 231; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 187-188.

⁶² Vid. *Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*, BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, pp. 99837 y ss. Vid. los ejemplos prácticos sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y del Convenio de La Haya de 1996 cuando ambos países son Estados contratantes de ambos Convenios, en HCCH, *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, p. 47 (disponible en <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faaa17efb050.pdf>, fecha de consulta: 11 de julio de 2016).

⁶³ Pueden ser consultados los Estados parte y la fecha de entrada en vigor del Convenio para España y Suiza en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (fecha de consulta: 11 de julio de 2016). Sobre el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996, vid. F. F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 285-287.

el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio”.

Al igual que ocurre en el ya estudiado art. 10 del Reglamento, el Convenio de La Haya de 1996 parte del presupuesto de que sólo excepcionalmente pueden los tribunales del país de la sustracción (en nuestro caso, España), asumir la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto. Ello se hace para, tal como indica el *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, “desalentar la sustracción internacional de menores al denegarle todo beneficio jurisdiccional a la parte sustractora”⁶⁴.

Con respecto a los tribunales del país de la sustracción, el art. 7.3 del Convenio de La Haya de 1996 señala que “Mientras las autoridades mencionadas en el apartado 1 conserven su competencia, las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido solamente pueden tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el artículo 11”.

46. Tal como indica el *Informe Lagarde*, la pérdida de competencia judicial internacional de los tribunales del país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción, se produce si, además de darse la circunstancia de que el menor ha adquirido la residencia habitual en otro Estado parte, concurren, cumulativamente, una serie de condiciones⁶⁵:

- nueva residencia habitual por un periodo de al menos un año después de que el titular del derecho de guarda tuviese conocimiento (o debiera haberlo tenido) del lugar donde se encontraba el menor. El inicio del cómputo del plazo de un año es, como indica el *Informe Lagarde*, “más tardío” que en el Convenio de La Haya de 1980⁶⁶,
- ausencia de solicitud de restitución presentada durante dicho periodo y todavía en curso de examen,
- integración del menor en su nuevo medio.

47. Desde nuestro punto de vista, como el progenitor del país de origen presentó una solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980, consideramos que los más de veinte meses durante los que los tribunales españoles conocieron en las diversas instancias sobre el procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980, no pueden ser computados a los efectos de una posible pérdida de competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto de los tribunales del país de origen. Es decir, a los efectos del art. 7 del Convenio de La Haya de 1996, durante esos más de veinte meses existió una petición de restitución que se encontraba pendiente de resolución.

Por ello, consideramos que la competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto corresponde todavía a los tribunales suizos y que ellos, según la tesis que hemos expuesto, son los que en dicho procedimiento han de valorar la *integración del menor*.

IV. Conclusiones

48. En la valoración que el tribunal competente ha de hacer de la *integración del menor*, a la hora de dictar una resolución en materia de sustracción internacional que responda al *interés superior* del mismo, es preciso tener presente el alcance de la competencia de tal tribunal.

⁶⁴ HCCH, *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, p. 42.

⁶⁵ *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, elaborado por PAUL LAGARDE, punto 49, disponible en <https://assets.hcch.net/upload/exp134s.pdf> (fecha de consulta: 11 de julio de 2016).

⁶⁶ *Informe Lagarde*, punto 49.

49. Si el tribunal está conociendo de un procedimiento de restitución del menor en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, la toma en consideración de la integración del menor ha de ajustarse a los requisitos que el Convenio establece. Así, no habiendo transcurrido un período de tiempo superior a un año entre el *traslado o retención ilícita* y la *fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor* (art. 12), consideramos que no cabe que el tribunal del país de la sustracción deniegue la restitución, en virtud de dicha integración.

50. Ahora bien, aunque el progenitor del país de origen haya solicitado la restitución del menor cuando haya transcurrido menos de un año desde la sustracción, puede ocurrir, tal como hemos expuesto, que transcurra un tiempo considerable hasta que el tribunal competente del país de la sustracción dicte su resolución sobre la procedencia o no del retorno. La falta de celeridad en la toma de la decisión provoca, con frecuencia, que el menor permanezca mientras tanto en el país de la sustracción.

En tal caso, aunque no proceda valorar la integración del menor en el procedimiento de restitución sustanciado en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, al no haber transcurrido el mencionado plazo de un año en el sentido de su art. 12, no significa que dicha integración no merezca ser tomada en consideración en el ámbito de otro procedimiento. Así, con independencia de las causas de la falta de celeridad, no cabe negar que la permanencia del menor en el país de la sustracción durante ese tiempo puede estar provocando su integración en dicho país.

51. Consideramos entonces que, en tal caso, el procedimiento en el que cabe tomar en consideración dicha integración del menor, es el procedimiento posterior sobre el fondo del asunto. Entonces, corresponderá realizar dicha valoración sobre la integración del menor, a los tribunales que dispongan de competencia judicial internacional sobre dicho fondo del asunto.

52. Como regla general, la competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto es conservada por los tribunales del país de origen, siendo excepcional la pérdida de dicha competencia en favor de los tribunales del país de la sustracción.

Por ello, si no se cumplen las condiciones del art. 12 del Convenio de La Haya de 1980 para tomar en consideración la integración del menor en su nuevo medio, consideramos que tendrá que ser el tribunal del país de origen el que, como regla general, valore, en el procedimiento posterior sobre el fondo del asunto, si el menor se encuentra integrado en el nuevo medio.

CONTRATOS INTERNACIONALES DE LEASING DE GRANDES AERONAVES CIVILES

INTERNATIONAL LEASING CONTRACTS FOR LARGE CIVIL AIRCRAFTS

M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Visitante Lector de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 21.07.2016 / Aceptado: 28.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3255>

Resumen: Aunque el *leasing* como forma de financiación y más concretamente el contrato de leasing ha sido estudiado en multitud de ocasiones, no lo ha sido tanto en relación con las grandes aeronaves civiles. Por ello, en primer lugar, el presente trabajo se centra en las particularidades que presenta el *leasing* como forma de financiación de las grandes aeronaves civiles, presentando un grado de complejidad mucho más elevado que si el *leasing* se realizase sobre otro tipo de bien. Y en segundo lugar, se van a analizar los tipos de contratos de *leasing*, que por realizarse sobre las grandes aeronaves civiles presentan contornos propios. La primera característica que es fundamental para el presente estudio, es que éstos son contratos considerados intrínsecamente internacionales.

Palabras clave: grandes aeronaves civiles, financiación internacional, *leasing* internacional, arrendamiento financiero, arrendamiento operativo, contratos internacionales.

Abstract: Although leasing as a form of financing and more specifically the lease has been studied many times, it has not been so much in relation to large civil aircraft. Therefore, first, this work focuses on the peculiarities of leasing as a form of financing for large civil aircraft, presenting a much higher degree of complexity that if the leasing realizes on other well. And secondly, it's going to analyze the types of leases, which performed on large civil aircraft have own contours. The first feature, fundamental for this study, it is that contracts are considered inherently international.

Keywords: large civil aircrafts, international financing, international leasing, capital lease, financial lease, operating lease, international contracts.

Sumario: I. Introducción. II. El *leasing* como forma de financiación de las aeronaves: Conceptos económicos y contables. 1. “*Off-balance sheet financing*”. 2. Depreciación. 3. El valor tiempo del dinero. III. Tipos de *leasing* de aeronaves. 1. *Capital lease vs. Operating lease*. 2. *Capital lease*. A) *Leveraged lease*. B) *United States Foreign Sales Corporation Lease*. C) *Japanese Leveraged Lease*. D) *German Leveraged Lease*. E) *French Tax Lease*. F) *United Kingdom Tax Lease*. G) El arrendamiento financiero en España. H) *Sale and Leaseback*. 3. *Operating lease*. A) *Japanese Operating Lease*. B) *German Operating Lease*. C) *Spanish Operating Lease*. D) *Wet Lease*. E) *Sale and Leaseback*. IV. Clasificación de los contratos de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles. V. Contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles. 1. Cuestiones preliminares. A) Calificación del contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles. B) El elemento de internacionalidad en los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles. 2. Competencia judicial internacional. A) Normativa europea: Reglamento 1215/2012. a) Ámbitos de aplicación. b) Foros de competencia judicial internacional. a’) Foro de la sumisión expresa. b’) Foro de la sumisión tácita. c’) Foro del domicilio del demandado d’) Foro especial en materia contractual. 3. Ley aplicable. A) Reglamen-

to Roma I. a) Elección de ley. b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley. a') Los ocho tipos de contratos: El contrato de prestación de servicios. b') Los contratos mixtos o complejos. c') Cláusula de cierre. d') Cláusula de excepción. e') La cesión del crédito y la subrogación convencional. B) Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional. VI. Grupos de contratos asociados al financial lease o capital lease de grandes aeronaves civiles. 1. Cuestiones preliminares. 2. Competencia judicial internacional. A) Reglamento 1215/2012. a) Ámbitos de aplicación. b) Foros de competencia judicial internacional. a') Foro de la sumisión expresa. b') Foro de la sumisión tácita. c') Foro del domicilio del demandado. d') Foro especial en materia contractual. 3. Ley aplicable. A) Reglamento Roma I. a) Elección de ley. b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley. a') Ley aplicable a cada uno de los contratos. b') Cláusula de excepción. VII. Contratos de arrendamiento *dry lease* o *wet lease* de grandes aeronaves civiles. 1. Cuestiones preliminares. 2. Competencia judicial internacional. A) Reglamento 1215/2012. a) Ámbitos de aplicación. b) Foros de competencia judicial internacional. a') Foro de la sumisión expresa. b') Foro de la sumisión tácita. c') Foro del domicilio del demandado. d') Foro especial en materia contractual. 3. Ley aplicable. A) Reglamento Roma I. a) Elección de ley. b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley. a') Los ocho tipos de contratos: El contrato de prestación de servicios. b') Cláusula de excepción. VIII. Conclusiones.

1. Introducción

1. Los contratos internacionales de *leasing* de grandes aeronaves civiles son aquellos tipos de contratos a través de los cuales se pretende formalizar una manera, entre otras muchas, de financiar la adquisición de aeronaves. En la actualidad, la utilización del *leasing* para financiar los bienes de equipo es bastante habitual. Pero quizás por su elevado valor monetario, el uso de esta forma de financiación es mayor en el caso de las grandes aeronaves civiles, entendidas éstas como las aeronaves de más de 100 asientos¹.

Si se tiene en cuenta el volumen de inversión que supone para una aerolínea la adquisición de una aeronave, es fácil comprender que ésta se tenga que financiar o bien a través de medios tradicionales o bien a través de figuras más modernas como el *leasing*, aunque en la actualidad esta última, sea la forma mediante la cual se financian la mayoría de las compraventas de aeronaves. Así pues, se puede adelantar que la complejidad de las operaciones de *leasing* ha provocado que además del contrato de compraventa internacional de aeronaves y del contrato de *leasing*, se elaboren otros modelos de contratos para llevar a cabo dicha operación –normalmente con fines de garantía–, constituyendo en ocasiones megacontratos². Por lo tanto, las operaciones de *leasing* relativas a las aeronaves se han vuelto verdaderamente complejas, si se compara con las primeras operaciones en las que se utilizaba esta forma de financiación para la adquisición de aeronaves.

2. Hasta comienzo de los años 70, el *leasing* de bienes de equipo o maquinaria en general era una novedad para la mayoría de las compañías, salvo en la industria ferroviaria en Estados Unidos donde ya se venía utilizando desde los años 40 y 50, pues el resto de industrias preferían utilizar otras formas de financiación más convencionales³.

¹ Al centrarse el presente trabajo en las aeronaves de más de 100 asientos, se está haciendo referencia a las aeronaves desarrolladas por Airbus o Boeing, puesto que son los únicos fabricantes que se encuentran dentro del segmento de más de 100 asientos. Así que en este estudio, no se hará alusión a Bombardier o Embraer, pues su mercado objetivo es el segmento de los aviones regionales, es decir de aeronaves de menos de 100 asientos, aunque Bombardier con su familia CSeries pretende empezar a competir en el segmento de los 100 asientos con Airbus y Boeing (*vid.* S. TRIMBLE, “BOMBARDIER MOVES CS300 INTO DETAILED DESIGN WITH HIGH-DENSITY VARIANT INCLUDED”, *FLIGHT INTERNATIONAL*, Reed Business Information, 29 de noviembre de 2012, disponible en línea en <http://www.flightglobal.com/news/articles/bombardier-moves-cs300-into-detailed-design-with-high-density-variant-379612> (consultado el 23 de marzo de 2015)).

² Se está adelantando cómo se configuran las operaciones internacionales de adquisición de grandes aeronaves civiles financiadas a través del *leasing*, aunque también se abordarán las peculiaridades de este tipo de contrato en los distintos ordenamientos. En Derecho español por ejemplo, respecto del contrato de arrendamiento financiero o *leasing* se podría afirmar que se trata de un contrato con contornos propios, distinto de cómo se concibe este tipo de contrato en Derecho anglosajón.

³ Sin embargo, el *operating lease* (arrendamiento operativo) a corto plazo era utilizado por parte de empresas de informática y fotocopiadoras. Aunque estos tipos de *leasing* no eran realizados por los departamentos financieros, sino por los depar-

En concreto en la industria aeronáutica, la compraventa de aeronaves se realizaba a través de la venta a plazos, sobre todo en el caso de aeronaves usadas, aunque la mayoría de las veces se llevaba a cabo mediante líneas de crédito concedidas en parte por bancos comerciales y en parte por bancos de fomento a la exportación como el *Eximbank* en los Estados Unidos de América, o el Banco Francés de Comercio Exterior (BFCF) en Europa⁴. Siendo el ejemplo más claro, cuando la entonces denominada *Airbus Industrie* financió la adquisición de sus primeras aeronaves fabricadas a través del BFCF, en la que además participaron las agencias de seguros de crédito COFAL de Francia, la del Reino Unido, ECGO, y la de Alemania, Hermes, en representación de los tres países fabricantes⁵.

Mientras que en Europa, las compañías aéreas hacían sus operaciones de financiación de adquisición de aeronaves basándose fundamentalmente en la banca privada, en Estados Unidos se realizaba un sistema mixto entre el *Eximbank* y los bancos comerciales. Normalmente la compañía aérea encargaba la construcción al fabricante, es decir Airbus o Boeing, y se le pagaba una entrada del 20%, que podía llegar a ser el 33% del precio total, llamada “*progress payments*” o “*delivery payments*”⁶. Además se negociaba una línea de crédito con bancos comerciales u oficiales, para poder cubrir la totalidad del precio, de forma que la aerolínea adquiría la propiedad total de la aeronave, realizando una hipoteca sobre dicha aeronave. Esta solución surgió bajo el paraguas del Convenio de Ginebra de 1948, como forma de garantizar el cobro por parte de las entidades financieras.

Pero a consecuencia de la crisis del petróleo se desplomó el mercado del dólar, que provocó unos elevados tipos de interés, incrementando a su vez los costes de los recursos financieros. Además, se debe añadir que el alcance de la garantía hipotecaria derivada del Convenio de Ginebra de 1948 se limitaba a los países firmantes de dicho Convenio, así como la dificultad procesal que existía en numerosos ordenamientos para ejecutar la garantía hipotecaria, lo cual generaba un alargamiento de los procesos⁷.

Todo ello, provocó que se tuviera que acudir a nuevas formas de financiación para la adquisición de aeronaves, como era el *leasing* de aeronaves, porque resultaba ser beneficioso para ambas partes. Si se trataba de un *operating lease* para la aerolínea: para el arrendador, ya fuera el fabricante que estaba en mejor posición que la aerolínea de obtener financiación o la compañía de *leasing*, esta operación les reportaba incentivos fiscales, como la depreciación acelerada o los créditos fiscales a la inversión, que más adelante serán estudiados; mientras que para el arrendatario, la aerolínea, el *leasing* le permitía alquilar la aeronave a unos costes financieros mucho más bajos que si hubiera tenido que solicitar un préstamo común, sin olvidarnos de que si se trata de una aerolínea pequeña cabía la posibilidad de que no se lo concederían, además de otros beneficios financieros del *operating lease* como es el “*off-balance*

tamentos de operaciones de dichas empresas (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 182).

⁴ J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, p. 260.

⁵ Sobre el origen de Airbus y el inicio del conflicto Airbus-Boeing *vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Contencioso Airbus-Boeing”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 195-202.

⁶ M.-S. CARVALHO SENTÈS, *Leasing de aeronaves. Opção para financiamento*, XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Curaçao (Antillas Holandesas), 1993, p. 157.

⁷ Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves firmado en Ginebra el 19 de junio de 1948. El listado de Estados parte de dicho Convenio está disponible en línea en [http://www.icao.int/secretariat/legal/List of Parties/Geneva_ES.pdf](http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Geneva_ES.pdf) (consultado el 31 de marzo de 2014), que nos indica que sólo lo han ratificado ochenta y nueve países, como es el caso de Estados Unidos, Canadá, Alemania, Francia y Reino Unido, pero España no lo ha hecho. En la actualidad, el Convenio del Ciudad del Cabo y su Protocolo sobre garantías internacionales sobre elementos de equipo aeronáutico, ha venido a desplazar en la práctica al Convenio de Ginebra de 1948, ya que si bien sigue siendo de aplicación a las hipotecas, apenas se realizan hipotecas sobre las aeronaves por su elevado coste. Aunque la Unión Europea se adhirió al citado Convenio y su Protocolo, es necesario que los Estados miembros lo ratifiquen para que despliegue todos sus efectos (Decisión del Consejo núm. 2009/370/CE, de 6 de abril de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de elementos de equipo aeronáutico, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre del 2001, DO núm. L 121, 15 mayo 2009). En esta misma línea, Estados Unidos y otros Estados con industria aeronáutica como Brasil ya lo han ratificado, así como la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, se están adhiriendo al mismo, siendo éste el caso concreto de España para el que el Protocolo entró en vigor el 1 de marzo de 2016 (Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 27, 1 febrero 2016).

sheet financing” –que se estudiará más adelante–. No obstante, si se trataba de un *capital lease* para la aerolínea: para el arrendador, ya fuera el fabricante o la compañía de *leasing*, también le interesaba porque además de los intereses de dicha operación, conservaba la titularidad de la aeronave y estaba en una posición más cómoda para el resarcimiento de su crédito, que si se tuviese que ejecutar una hipoteca por parte de una entidad bancaria; mientras que para el arrendatario, la aerolínea, el *leasing* le producía los mismos incentivos fiscales que para el arrendador en el caso de un *operating lease*, además de alquilar la aeronave a unos costes financieros más bajos y la posibilidad de adquirir la aeronave al terminar el contrato de *leasing*.

3. En términos muy sencillos, el *leasing* de equipos o maquinarias puede definirse como un acuerdo comercial por el que el propietario de dichos bienes de equipo, en nuestro caso la aeronave, transmite al arrendatario el uso de la aeronave por el pago de unas cuotas de alquiler pactadas durante un período de tiempo, que al finalizar el mismo y en ausencia de disposiciones en contrario en el acuerdo de *leasing*, la aeronave debe ser devuelta al arrendador⁸. Esta sería una definición muy simple del concepto del *leasing* de equipos o maquinarias, teniendo en cuenta que es una figura de origen anglosajón y que existen muchas definiciones parecidas que recojen el mismo concepto⁹. Es importante resaltar en esta primera definición del concepto de *leasing* el hecho de que no se le da importancia a la opción de compra al finalizar el período del *leasing* por parte del arrendatario¹⁰.

Jurídicamente, estos contratos en derecho común provocan la entrega en depósito del equipo alquilado al arrendatario. Como consecuencia de este tipo de relación contractual entre las partes, ambas tienen derechos y obligaciones. En concreto, el arrendatario como depositario de dicho bien está obligado a soportar todos los gastos derivados de la conservación y mantenimiento del activo para la protección de la posesión conferida a través de dicho contrato. Además, es intrínseco al contrato de *leasing* que el arrendatario reciba tanto la posesión del equipo como el derecho a su uso, a cambio de una retribución que debe ser pagada al arrendador.

En un contrato de *leasing*, el arrendador tiene que ofrecer el equipo que corresponda con la descripción contenida en el mismo. Normalmente, el arrendador debe asegurarse de que el bien está en las condiciones adecuadas para el propósito para el cual el arrendatario quiere destinarlo. Esta responsabilidad puede estar expresamente excluida por una disposición en el contrato, pero no se podrá recurrir a esta cláusula en el caso de incumplimiento grave de las garantías por parte del arrendador¹¹.

De este sencillo concepto tal y como se ha planteado, sorprende el hecho de que se haya pasado a imaginativas pero complejas estructuras de *leasing* que se utilizan en la actualidad, para financiar la adquisición de aeronaves y que llevan asociadas en la mayoría de los casos no sólo un contrato, sino va-

⁸ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 178.

⁹ La definición que hace la Asociación de *Leasing* de Equipos de Reino Unido (*Equipment Leasing Association of the UK*) dice de forma literal: “*A lease is a contract between lessor and lessee for the hire of a specific asset selected from a manufacturer or vendor of such assets by the lessee. The lessor retains ownership of the asset. The lessee has possession and use of the asset on payment of specified rentals over a period*”. Otra definición es la que realiza el Código Civil de Luisiana (*Civil Code of Louisiana*) en su art. 2669, que cita textualmente: “*“Lease” or “hire” is a synallagmatic contract, to which consent alone is sufficient, and by which one party gives to the other the enjoyment of a thing or his labor, at a fixed price*”. Muy parecida a esta anterior definición es la que establece el Código Civil de Quebec (*Civil Code of Quebec*) en su art. 1691: “*The lease or hire of things is a contract by which one of the parties called the lessor, grant to the other, called the lessee, the enjoyment of a thing, during a certain time, for a rent or price which the latter obliges himself to pay*.” (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 178-179). En el ordenamiento español no existe una definición del contrato del *leasing* de equipos, porque se considera un contrato complejo y atípico, y aunque sí que existen diferentes normas que hacen referencia al contrato de “arrendamiento financiero”, se ha tenido que esperar al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil del año 2014, para poder conocer una definición del contrato de “arrendamiento financiero”, que será tratado más adelante y como se verá está dentro de la categoría de *capital lease* o *financial lease* (vid. Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 y aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de junio de 2014, disponible en línea en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html (consultado el 30 de junio de 2014)).

¹⁰ Se hace aquí esta puntualización porque como se verá la opción de compra dentro del contrato de *leasing* va a suponer un papel muy importante en dichos contratos, sobre todo para poder calificar este contrato y poder determinar las normas de Derecho internacional privado que pueden regular dichos contratos.

¹¹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 179.

rios contratos, dependiendo del tipo de *leasing* ante el que nos encontremos¹². Por lo que los problemas de Derecho internacional privado, tanto de competencia judicial internacional como de ley aplicable van a ser diferentes en función de los contratos asociados con esa operación de *leasing* internacional.

4. Como ya se ha afirmado por la doctrina, para el *leasing* en general, y por lo tanto, para el *leasing* de aeronaves, se debe destacar que para poder ser entendida dicha operación se debe aceptar la idea de que existe una separación entre su dimensión económica y su dimensión jurídica¹³. En cuanto a la primera, es la que proporciona la razón de ser al *leasing*, pues éste surge como forma de financiación, en nuestro caso de las aeronaves, pero que en general está muy arraigado en la práctica empresarial. En cuanto a la segunda, ésta puede ser muy diferente dependiendo del tipo de *leasing* ante el que nos encontremos, puesto que a modo introductorio sólo comentar que el contrato o contratos relacionados con el *capital lease*, son distintos al contrato o contratos derivados de un *operating lease*.

5. En cuanto a su dimensión económica, es fundamental a la hora de abordar el tema del *leasing* internacional resaltar que la figura del *leasing* tiene diferencias sustanciales entre países, pero sobre todo entre Estados Unidos y los Estados de la Unión Europea, con las consecuencias que conlleva a nivel jurídico. En primer lugar, aunque la figura del *leasing* es por definición compleja, es en Estados Unidos donde inicialmente se van desarrollando estructuras cada vez más complicadas y que otros países como Alemania van adoptando posteriormente hasta llegar a España, como se podrá comprobar al tratar los tipos de *leasing* de aeronaves.

Y en segundo lugar, en Estados Unidos el *leasing* se realiza a través de sociedades que están reguladas por la SEC (*Securities and Exchange Commission*) -como cualquier empresa que cotiza en la bolsa de Estados Unidos-. Mientras que en la Unión Europea existe una normativa comunitaria en materia de financiación o de ordenación bancaria, de especial importancia ésta última en relación con los requisitos que debe cumplir la sociedad financiera para participar exclusivamente en las operaciones de arrendamiento financiero. Pues bien la regulación anterior es una normativa de Derecho administrativo, que han incorporado a sus respectivos ordenamientos los Estados de la Unión Europea y que es común tanto para el *leasing* interno como para el *leasing* internacional¹⁴. Estas incursiones en el Derecho material no se van a realizar porque son normas imperativas, es decir que son de aplicación independientemente de la ley que regule el contrato. Mientras que en el ámbito convencional, la Convención de Ottawa de 1988 es la única norma que regula materialmente el arrendamiento financiero internacional, pero del que España no es parte, así que será estudiada de forma breve por su escasa repercusión.

6. En cuanto a la dimensión jurídica, también existen diferencias, entre los países donde rige el *Common Law*, como Estados Unidos y los países donde rige el Derecho civil como son los Estados de la Unión Europea menos Inglaterra. En Estados Unidos la complejidad del *leasing* lleva a la constitución de sociedades especiales para llevar a cabo cada operación de *leasing* internacional, en ocasiones a través de *trust*, lo cual provoca multitud de contratos relacionados, además de otros documentos necesarios para cada tipo de *leasing*. En estos casos, los juristas anglosajones no intentan tipificar el contrato de *leasing*, sino que recurren a la autonomía de la voluntad material, por lo que habrá que plantearse los límites inherentes a la misma, gracias a la configuración del *leasing* como contrato de adhesión, en los que normalmente la aerolínea arrendataria tiene poco que decir¹⁵. En consecuencia, como se podrá comprobar en un contrato firmado entre Airbus y American Airlines, en el mismo documento se recoge un acuerdo de compraventa y de *leasing*, de manera que en una de las *letter of agreement*, se fijan las

¹² P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 17.

¹³ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 25.

¹⁴ Pero además dentro del *leasing* internacional, en concreto para el *leasing* a la importación y a la exportación (entre Estados de la Unión Europea y terceros Estados), cada Estado ha desarrollado sus propias normas de Derecho administrativo y que en el caso de España ha llevado por ejemplo a elaborar su propia normativa de inversiones extranjeras, así como de pagos y cobros al exterior (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 21 y pp. 57-62).

¹⁵ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 15-16.

cláusulas del contrato de *leasing*, con lo cual estarían formando un “*ensemble conventionnel complexe*” o un megacontrato, donde se están adquiriendo aeronaves, concretamente de la familia A320, no sólo a través de la compraventa, sino a través del *leasing*¹⁶.

Sin embargo, la tendencia por parte de los juristas de la Unión Europea ha estado en tipificar los contratos de *leasing*, lo cual no ha sido fácil porque la doctrina ha tendido a identificar una operación bastante compleja con distintos sectores ya conocidos¹⁷. En definitiva se trata de un problema de calificación tanto desde el punto de vista del Derecho material, como del Derecho internacional privado.

Todo lo anterior tiene como consecuencia la dificultad de determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable cuando se plantea un litigio derivado de los contratos de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles.

7. Por lo tanto, primero se van tratar los tipos de *leasing* de aeronaves, desde un punto de vista económico, sobre todo aquéllos de carácter internacional, lo cual se ha considerado relevante para poder después entender los tipos de contratos asociados con cada tipo de *leasing* internacional de aeronaves.

II. El *leasing* como forma de financiación de las aeronaves: Conceptos económicos y contables

8. De todas las maneras con las que cuenta una aerolínea para financiar su flota, el *leasing* de aeronaves sigue siendo la más importante. Tradicionalmente, el *leasing* ha sido un medio de conseguir “*off-balance sheet financing*” –que viene a significar en castellano, llevar la financiación fuera del balance de situación– y “*tax benefit transfers*” –que viene a traducirse en castellano como transferencia de beneficios fiscales–. Esto permitía a los arrendatarios financiar el equipamiento esencial para llevar a cabo un tamaño de flota de aeronaves óptimo y hacerlo a un menor coste que a través de los préstamos convencionales.

Sin embargo, los beneficios financieros del *leasing* han disminuido considerablemente desde que apareciera el *leasing* hace cuarenta años, pasando por el desarrollo de las complicadas estructuras de *leasing* hasta llegar a la actualidad. Durante este período el *leasing* ha sido el más importante y controvertido instrumento de financiación en general para todo tipo de equipamiento, pero más concretamente para las aeronaves, permaneciendo como uno de los métodos más efectivos de financiación de equipo móvil.

9. Antes de analizar los tipos de *leasing*, se van a explicar tres términos económicos y contables que van a servir para entender mejor el auge del *leasing*, tanto como forma de financiación para la adquisición, como para el uso y disfrute de la aeronave en el caso de no adquirirla finalmente al terminar el período de *leasing*: el “*off-balance sheet financing*”, la depreciación y el valor tiempo del dinero (“*time value of money*”).

1. “Off-balance sheet financing”

10. El “*off-balance sheet financing*” es el concepto utilizado en derecho para definir la forma de convertir un préstamo o una garantía en una transacción comercial, sin modificar su efecto como transacción financiera aunque sustancialmente sea económica¹⁸. Dicho “*off-balance sheet financing*” fundamentalmente se utiliza por diversas razones. En primer lugar, en la contabilidad que llevan a cabo las sociedades, es decir las aerolíneas, una obligación comercial no se tiene que reflejar dentro de las obligaciones en el Balance de Situación, como si se tratara de un préstamo, de manera que se consigue mejorar aparentemente la situación de la aerolínea en cuanto a las obligaciones que debe cumplir. Por

¹⁶ Sobre las *letter of intent* vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 19-46.

¹⁷ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 25.

¹⁸ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 105.

ejemplo, el valor del equipamiento y de las obligaciones derivadas de un *operating lease* no se refleja en el Balance de Situación y por lo tanto, mejora la apariencia del arrendatario en cuanto a liquidez, rentabilidad y solvencia. Sin embargo, en un *capital lease* las obligaciones son anotadas en el Balance de Situación como deuda.

Por otro lado, en el caso de que existan limitaciones a préstamos u otras garantías por parte de patrocinadores en el caso de corporaciones públicas ya sean estatales o municipales, puede ser contraproducente si las obligaciones se incluyen como un préstamo directo o si el deudor fuese a garantizar dicha obligación. Sin embargo, este problema se solucionaría si se reflejase como una transacción comercial.

Los “*capitalized leases*” (derivados de un *capital lease*) pueden atraer impuestos anuales al capital u otros tipos de impuestos en algunos Estados, mientras que esto no sucede en el caso de tratarse de los *operating leases*.

11. Por lo tanto, el *leasing* es la forma más común de “*off-balance sheet financing*”. Como se podrá comprobar, existen dos tipos de *leasing* que son el *operating lease* y el *capital lease*¹⁹.

Un *capital lease* es realmente una financiación, en la que el arrendatario está en posesión de la aeronave arrendada durante un tiempo, al final del cual es muy probable que se convierta en propietario de dicho bien. Durante ese tiempo, el arrendatario asume todos los riesgos y beneficios de un propietario, pero el arrendador mantiene la titularidad del bien y recibe una cuota por el alquiler, que incluye la amortización del capital o coste de recuperación del capital más los intereses. Además, no se paga todo el coste del capital a través de las cuotas durante el período de tiempo que dura el *capital lease*, sino que al final del mismo se debe realizar un pago único para adquirir la titularidad del bien, siendo ésta una opción para el arrendatario, que puede elegir no comprarlo finalmente. En este sentido, el *capital lease* es un contrato de venta condicional (“*conditional sale agreement*”), salvo cuando no existe una obligación legal por parte del arrendatario de comprar la aeronave cuando termina el *leasing*. Desde el punto de vista contable, la aeronave sujeta al *capital lease* es registrada como un activo en la contabilidad del arrendatario, mientras que las obligaciones del alquiler son capitalizadas como deuda. Por parte del arrendador de la aeronave, las cuotas del arrendamiento que le debe pagar el arrendatario serán contabilizadas como un préstamo reembolsable.

Cuando se trata de una verdadero *operating lease*, no se espera que el arrendatario se convierta en el propietario de la aeronave arrendada, la cual será devuelta al arrendador una vez finalizado el período del *leasing*. El valor de la aeronave será contabilizado como un activo para el arrendador, mientras que los pagos del alquiler serán reflejados como un ingreso para el arrendador y un gasto para el arrendatario. Por lo tanto, en el caso del *operating lease* ni la aeronave como activo, ni las obligaciones de pago con respecto a dicho activo, aparecen reflejadas en el Balance de Situación del arrendatario. En consecuencia, la aeronave puede ser alquilada a diversos arrendatarios durante la vida útil de la misma.

12. Por lo tanto, el objetivo de todas las partes que intervienen en las operaciones de adquisición o de utilización de las aeronaves es que las transacciones sobre las mismas, se reflejen fuera del Balance de Situación.

Por un lado, pueden darse situaciones de arrendamientos a corto plazo sin opción a compra, como es el caso de un *leasing* que dura unas pocas semanas o meses, o bien porque la aeronave de una aerolínea está en tierra por alguna avería (“*aircraft on ground – AOG*”), o bien porque existen picos de tráfico aéreo. En estos casos, se trata claramente de gastos de alquiler y deben ser contabilizados como tales, tratándose claramente de *operating leases*.

Por otro lado, pueden darse casos de aparente “*full payout leases*” –que es un tipo de *capital lease*– donde la opción de compra sobre la aeronave por la deuda no amortizada no se haya actualizado por el valor actual del mercado. En teoría, cuando el arrendatario ejercita su opción de compra, ésta debe realizarse por el valor de mercado en ese momento, siendo un requisito imprescindible para que sea considerado un *capital lease*. Así que desde el comienzo de la operación la parte no amortizada del coste de la aeronave por parte de la empresa de *leasing* se calcula teniendo en cuenta el pago estimado deseado.

¹⁹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 106.

Por lo que un tasador conocido por las partes certificará que el valor justo de mercado al término del *leasing* está dentro de un intervalo numérico, que incluirá el coste no amortizado de la aeronave. En los casos en los que el valor solicitado no se encuentra dentro del rango fijado por el tasador, se manipula la cantidad mediante la aplicación de ciertos requisitos preestablecidos, tales como un número máximo de ciclos y horas que deben realizar separadamente tanto la célula de la aeronave como los motores, o como el tiempo mínimo que queda hasta la próxima revisión obligatoria o mantenimiento de la aeronave²⁰.

En esta misma línea, cuando la empresa de *leasing* no quiere asumir el riesgo residual al final de la operación de *leasing*, las transacciones se organizan para que la aerolínea indemnice al propietario por cualquier deficiencia en la aeronave. En algunas jurisdicciones, este deterioro puede ser justificado con el argumento de que ha habido un inadecuado mantenimiento de la aeronave durante el *leasing* por parte del arrendatario, es decir la aerolínea.

Por lo tanto, entre estos dos ejemplos citados, uno de *operating lease* y otro de *capital lease*, no existe una distinción clara entre lo que debe ser considerado como una operación de *leasing* verdaderamente fuera del balance de situación y aquella que debería ser capitalizada en el balance de situación de la aerolínea.

En este sentido, en países como Estados Unidos o Inglaterra los auditores supervisan estrictamente las normas de contabilidad, mientras que en otros Estados las normas son más flexibles como es en el caso de España u otros países de la Unión Europea o incluso otros países en los que rige el *Common Law*. Esto puede deberse a que el *leasing* es de origen anglosajón y las normas contables están más desarrolladas en este sentido, aunque la Unión Europea -como se podrá comprobar- ha adoptado las normas contables internacionales en materia de *leasing* -IAS 17-, para lograr la uniformidad en tales aspectos, entre los Estados que las adoptan. Pero volviendo a las jurisdicciones de Estados Unidos e Inglaterra, por ejemplo cuando surgieron los *Japanese Leveraged Leases (JLL)* –que también se verá al tratar los tipos de *leasing*– se requería que interviniese una sociedad de *leasing* (*operating lessor*). Así que, los arrendadores solicitaron que fuera tratada dicha operación como un verdadero “*full payout lease*”, en el cual el arrendatario era el responsable de indemnizar al arrendador por cualquier exposición residual a la finalización del *leasing*. Por lo que, dicha indemnización se tuvo que justificar con la falta de mantenimiento de la aeronave y satisfacer así a la Asociación del *Leasing* de Japón (*Japan Leasing Association*), que fijaba un conjunto de reglas para que tales transacciones fueran consideradas *JLL*, con el fin de beneficiarse de dichas estructuras, tanto los arrendadores como las aerolíneas²¹.

2. Depreciación

13. La depreciación es la disminución del valor de un activo fijo, en nuestro caso las aeronaves, debido a su desgaste y rotura por el uso y el paso del tiempo. También pueden sufrir una bajada de su valor a causa de la obsolescencia, porque se realicen nuevas invenciones y más avances técnicos, que provoquen que algunas de las partes o componentes de las aeronaves vayan quedando obsoletas o en incluso en ocasiones las aeronaves completas²².

Ad. ex. si la vida útil de una aeronave es de cincuenta años y si se realiza una amortización constante o lineal de la aeronave, habrá que dividir el valor de la aeronave entre cincuenta y el importe

²⁰ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 107.

²¹ En las cláusulas que se incluyen en las operaciones de *Japanese Leveraged Leases (JLL)* se especifica una vez finalizado el período de *leasing*, cómo se aplican las ganancias de la venta neta de la aeronave a las distintas partidas, con un orden de prioridad establecido para su contabilidad (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 108-109).

²² D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 109. Lo más común es que la obsolescencia se produzca en las partes o componentes de las aeronaves, pues es menos habitual que una aeronave completa se quede obsoleta, aunque también puede suceder de manera excepcional. *Ad. ex.* este es el caso del Concorde, que aunque fue pionero en cuanto a tecnología cuando salió al mercado, tuvo que ser retirado de la actividad comercial porque se había quedado anticuado, siendo muy costoso su mantenimiento. Todo esto sin mencionar el elevado precio que suponía para los cientos viajar en un avión supersónico como era el Concorde, aunque se justificaba con el hecho de que tardaba la mitad del tiempo que un avión convencional.

resultante, se tendrá que contabilizar como gasto cada año, de manera que reduzca las ganancias o ingresos producidos por la actividad comercial de la aeronave, para la aerolínea. Dicha depreciación se refleja en la cuenta de pérdidas y ganancias, de manera que se reduce la estimación de la base impositiva, lo cual provoca un beneficio para la compañía porque tiene que pagar menos impuestos. Por lo tanto, la depreciación no supone una salida de caja, pero representa una reducción del valor de los activos fijos de la compañía aérea, que debe tenerse en cuenta para preparar el posible reemplazamiento de dicha aeronave.

14. La depreciación, al ser una bajada o pérdida de valor de los activos fijos, puede ser causada por una variedad de factores, tales como el deterioro físico, la acción del mercado y la obsolescencia. Pero esta depreciación puede ser controlada en cierto modo, por el mantenimiento y las reparaciones, así como el recambio de las partes en el tiempo adecuado. Aunque el mantenimiento y la reparación deben realizarse constantemente sobre la maquinaria, el equipamiento y otros activos fijos en cualquier negocio, en la industria aeronáutica estas actividades se vuelven muy complejas, ya que por razones de seguridad, las aeronaves deben ser mantenidas y reparadas de acuerdo con unos standards establecidos muy rigurosos por la regulación existente en dicha materia.

En cuanto al recambio de las partes y componentes dentro del programa de mantenimiento de la aeronave que llevan a cabo las aerolíneas, las partes son reemplazadas en el tiempo programado aunque todavía sigan funcionando. Con estas políticas y procedimientos se pretende que la aeronave mantenga un valor alto. En teoría, si el coste del componente o de la parte reemplazada es mayor que el valor depreciado de la pieza original, dicho exceso debe ser capitalizado. Por esta razón, el balance de dicho gasto debe ser contabilizado en el período corriente en el que se realiza y el importe capitalizado debe llevarse contra los futuros gastos de depreciación²³. Sin embargo, cuando se trata de grandes aerolíneas que están constantemente reemplazando partes y componentes gastados, lo habitual es que estas salidas se contabilicen como gastos corrientes, porque llevar a cabo una contabilidad tan estricta les supone un gran gasto de tiempo y dinero, que no están dispuestas a asumir.

15. Respecto de los métodos de depreciación, se debe señalar que en primer lugar varían de un Estado a otro y en segundo lugar, también difieren entre las distintas aerolíneas respecto de sus activos. Así pues, se puede afirmar que no existe una uniformidad en cuanto al número de años y porcentaje de la depreciación, lo cual ha llevado a casos opuestos en cuanto a los métodos de amortización utilizados.

Por un lado, la amortización del activo se puede realizar en el primer año en el que se adquiere el bien, o por otro lado, se puede realizar a lo largo de la vida útil del bien. En el primer extremo, se encuentran los bienes que no son muy caros tales como herramientas o piezas de recambio, y que no se reflejan en el balance de situación como activos sino que son considerados gastos, por lo que estarían dentro de la cuenta de pérdidas y ganancias. En el otro extremo, es evidente que en el caso de las aeronaves o las mejoras a propiedades arrendadas (*“leasehold improvements”*) –de aeronaves en nuestro caso–, se trata de activos que van a ser utilizados durante varios años, por lo que la depreciación se debe llevar a cabo a lo largo de dicho período. Estos bienes se reflejan en el balance de situación como activos, porque si no se realizara así, las partes interesadas como los accionistas, los acreedores, las autoridades reguladoras, tales como las comisiones del mercado de valores y evidentemente, los recaudadores de impuestos, no obtendrían una visión real de la fortaleza financiera de la compañía²⁴.

Para que los jefes de los departamentos financieros de las aerolíneas consigan un reflejo exacto de la situación financiera de la aerolínea se deben contemplar los dos extremos, para contabilizar por un lado, las herramientas y repuestos de la aeronave y por otro lado, la aeronave. Sin embargo, esto no es una tarea sencilla puesto que mientras que los expertos en contabilidad quieren ser lo más rigurosos posibles, los directores de las compañías aéreas no tienen este propósito. Es más, cada director tiene sus

²³ T.-A. ROLF, “Taxing de CEO’s Jet: Federal Taxation of Corporate and Private Aircraft Ownership and Operations”, *The Journal of Air Law and Commerce*, volume 66, Fall 2001, pp. 1626-1629.

²⁴ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 111.

propios objetivos cuando presenta los Estados financieros de la aerolínea. Si el director quiere conseguir aumentar el capital o la financiación, quiere que el balance de situación muestre un patrimonio neto lo más grande posible, así como una rentabilidad elevada por los beneficios. Pero por otro lado, el director quiere que el balance de la empresa refleje pocos beneficios para evitar pagar impuestos y que además muestre pocos activos para no pagar impuestos sobre el patrimonio personal. De manera que se realizan dos planteamientos de los Estados financieros, uno para reportar a los accionistas, y el otro para el departamento que realiza los impuestos, e incluso en ocasiones, un tercero para los bancos. Esto no tiene por qué ser ilegal si las diferencias son lícitas y conocidas.

En principio cada aerolínea decide cómo realizar la amortización de sus aeronaves, por lo existen diferencias entre las políticas contables de las aerolíneas, lo cual tiene un efecto importante en sus resultados anuales. *Ad. ex.* una aerolínea puede decidir adoptar una política contable en la que la amortización es de un 10% durante catorce años de manera constante. Sin embargo, aunque ese número de años puede ser normal en otras industrias, no tiene mucho sentido cuando se trata de bienes, las aeronaves, con una vida útil de veinticinco años o más. Existen aerolíneas que todavía reducen más el número de años de depreciación respecto de la vida útil de las aeronaves, fijándola en diez o doce años. O incluso determinadas aerolíneas van cambiando su política de depreciación para adaptarse a los requerimientos contables, según va pasando el tiempo. *Ad. ex.* una aerolínea en un primer momento puede decidir amortizar una aeronave a una tasa constante durante ocho años, pero a partir de una determinada fecha puede cambiar su política de amortización, y aumentar así el tiempo de amortización de la aeronave a quince años, reduciendo la tasa de amortización a la mitad.

Las políticas de amortización que lleven a cabo las aerolíneas sobre sus aeronaves deben fijarse teniendo en cuenta que se enmarcan dentro del ordenamiento jurídico de un determinado Estado, cuyas normas contables y fiscales deben cumplirse. El tratamiento de la depreciación en cuanto a la contabilidad es generalmente diferente de su tratamiento a efectos fiscales. Sin embargo, con el objetivo de minimizar el pago de impuestos, las empresas tienden a establecer una política de amortización para minimizar el pago de impuestos. Así que, mientras que en algunas jurisdicciones como la de Estados Unidos la amortización a efectos fiscales debe realizarse en los años señalados o en aquellos años en los que ha habido pérdidas; en otras jurisdicciones como Canadá, la amortización puede llevarse a cabo también cuando es ventajosa y sin establecer un límite de años; o en otras como es el caso de España, existe un límite de años para realizar la depreciación, según el tipo de bien independientemente de si la empresa arroja beneficios o pérdidas.

Los métodos de amortización más comunes que existen y que son reconocidos a nivel internacional para aquellos bienes objeto de amortización, y en concreto para las aeronaves son dos, el método lineal o constante (“*straight-line method*”) y el método del balance decreciente (“*declining balance method*” o “*reducing balance method*”) ²⁵.

16. El método lineal o constante consiste en amortizar el bien como su propio nombre indica mediante unas cuotas constantes, que resultan de aplicar una tasa constante al valor del bien objeto de amortización. Esta tasa se calculará en función de la vida útil del bien, de manera que si la vida útil es 10 años el porcentaje de amortización será del 10%, mientras que si la vida útil es de 25 años, dicho porcentaje será del 4%. Los gastos de amortización se contabilizan cada año como gasto y se llevan contra el valor del bien reflejado como activo en el Balance de Situación, de manera que al final del período de amortización el valor del activo es cero.

Aunque se ha explicado este método de amortización, es más apropiado para edificios, y no tanto para aeronaves ²⁶.

²⁵ Aunque estos métodos son los comunes a la mayoría de Estados, existen otros métodos de amortización.

²⁶ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 112. También denominado en España como método del tanto fijo sobre una base amortizable decreciente o método de cuotas decrecientes o degresivas. *Vid.* en la normativa fiscal española, la amortización según tablas de amortización oficialmente aprobadas –a su vez establecidas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades–, recogida en el art. 4 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 165, 11 julio 2015.

17. El método del balance decreciente, es el que se considera apropiado para instalaciones y maquinaria, por lo que también es el sistema de amortización adecuado para las aeronaves²⁷.

Por este método, el coste del activo es amortizado por un porcentaje standard cada año de su esperada o normal vida útil. Así que el valor del activo pendiente de amortizar va cayendo cada año, con lo cual las cantidades de amortización permitidas por este método son mayores en los primeros años de la vida de la aeronave que en los últimos. Por eso a este sistema también se le conoce como el método de la amortización acelerada, llegando a veces a suponer una amortización mayor que la depreciación real del bien.

Este método viene a corregir algunas de las situaciones que se producían con el método anterior, ya que incide con mayor intensidad en los primeros años de la vida del bien, que suelen ser los años de mayor eficiencia económica del activo, frente a los últimos años, en los que la depreciación es menor, coincidiendo con los años de menor eficiencia económica del bien. Además, con este método es importante señalar que permite recuperar la mayor parte de la inversión a un valor actual superior.

18. Como ya se ha adelantado, el tratamiento de la depreciación a nivel contable es diferente de los porcentajes propuestos de amortización, en la mayoría de los Estados, sobre todo a partir del nacimiento de disposiciones que establecen una serie de tablas con los coeficientes propuestos de amortización y que han ido desarrollando los Estados a través de su normativa fiscal²⁸.

La amortización en un principio estaba relacionada con el uso y el deterioro de los activos utilizados para obtener ingresos, donde el único método de amortización que existía era el método lineal o contante, por el cual una cantidad fija era deducida cada año por la depreciación durante la vida útil del bien hasta que se cubría el coste original del activo²⁹. Posteriormente, a raíz de la introducción del método del balance decreciente (“*diminishing balance method*”), la amortización no dependía necesariamente del uso, ni del deterioro del activo, estableciéndose en materia fiscal tablas con coeficientes máximos de amortización para distintos tipos de activos, aplicados al coste del activo pendiente de amortizar al finalizar el año fiscal³⁰.

Por lo tanto, en la mayoría de las normativas fiscales de los Estados, los coeficientes de amortización propuestos están recogidos a través de tablas de amortización aplicables a diferentes tipos de bien³¹. Inicialmente, los gobiernos comenzaron a utilizar estas tablas como herramienta política y económica para incentivar la inversión en bienes de equipo, que tenían una vida útil media de veinte años y en las que se fijaba un coeficiente propuesto de amortización de al menos el 50% por año o incluso del 100%. *Ad. ex.* en Inglaterra en 1984, el coeficiente de amortización para las aeronaves era del 100%, lo cual provocaba que las empresas interesadas financiaran su compra porque resultaba muy lucrativa, dando lugar al crecimiento de las sociedades de *leasing*³².

²⁷ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 112. *Vid.* en la normativa fiscal española, la amortización según porcentaje constante, recogida en el art. 5 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 165, 11 julio 2015.

²⁸ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 113.

²⁹ Esta situación que fue generalizada en diferentes Estados, en Canadá concretamente se produjo cuando se desarrolló la primera legislación nacional sobre impuestos sobre la renta recogida en el *Dominion Income War Tax Act* o *Tax War Act*, en vigor hasta el año 1949.

³⁰ Siguiendo con el ejemplo de Canadá, en 1949 el *Dominion Income War Tax Act* o *Tax War Act* fue reemplazado por el *Income Tax Act*, que estableció un coeficiente máximo de amortización para cuarenta y cuatro tipos de activos, por el método del balance decreciente (“*diminishing balance method*”), que se aplicaba al valor del bien no amortizado.

³¹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 114. *Vid.* en la normativa fiscal española, la tabla con los coeficientes de amortización del art. 12 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, 28 noviembre 2014). En dicha tabla se establece para las aeronaves, un período máximo de amortización de 20 años, y un coeficiente lineal máximo del 10%, en base al cual se calcula el porcentaje de amortización aplicable, para el método de amortización según porcentaje constante, que equivale contablemente al método del balance decreciente (“*diminishing balance method*”).

³² D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 114-116. En dicho texto se recoge un ejemplo de una amortización por parte de una sociedad de *leasing*, de un equipo que adquiere a 1000 \$ y que financia a un interés del 8% durante diez años, mientras que por otro lado lo alquila a un arrendatario por el que obtiene un alquiler de 132 \$ por año durante el mismo período (diez años) y al finalizar el contrato de alquiler lo vende por 200 \$. Pues bien, si se tiene en cuenta que el coeficiente de amortización propuesto es del 25% sobre la base decreciente del balance y que

19. A finales de los años 70 y comienzo de los 80, se producían situaciones paradójicas cuando se trataba de contratos de *leasing* entre un arrendador y un arrendatario con residencia en distintos Estados, que tenían a su vez diferentes sistemas impositivos para el *leasing*. Pues bien, podía ocurrir que las administraciones tributarias de los dos Estados correspondientes al arrendador y al arrendatario, les considerasen verdaderos propietarios respectivamente, cuando en dicha operación comercial sólo podía y puede existir un propietario que se desgrave fiscalmente de dicho bien: por un lado, las autoridades tributarias del Estado del arrendador, le consideraban el propietario en el *leasing*, pues se trataba de un arrendamiento operativo; mientras que las autoridades fiscales del Estado del arrendatario, estimaban que él era el propietario, porque se trataba de un *leasing* próximo a una venta condicional. Esta operación era conocida como doble desgravación (“*double-dip*”) puesto que las dos partes a través del *leasing* podían obtener las ventajas fiscales como propietarios del mismo activo y cada uno por su parte podía realizar la amortización sobre el mismo bien en distintos países³³.

En el Reino Unido entre los años 1980 y 1981, se incrementó el volumen de contratos de *leasing* internacional por parte de arrendadores del Reino Unido con respecto a arrendatarios de Estados Unidos con este doble sistema de desgravación fiscal³⁴. Por un lado, los arrendatarios permanecían como titulares del bien, por lo que realizaban la amortización del bien y recibían otra serie de incentivos fiscales en Estados Unidos, pues dicha operación era considerada como una venta condicional. Por otro lado, el arrendador también veía reducidos los ingresos recibidos por los alquileres como consecuencia de que también realizaba la amortización sobre el mismo bien en el Reino Unido, pagando menos impuestos sobre beneficios. Así que las dos partes, arrendador y arrendatario, se beneficiaban de desgravaciones fiscales en sus respectivos Estados como propietarios del equipo alquilado, gracias a los impuestos sobre la renta vigentes en ese momento. En el Reino Unido, existía un tipo privilegiado del 100% inicial de la inversión que podía desgravarse, mientras que en Estados Unidos recibían el beneficio del crédito fiscal a la inversión (“*ITC - Investment Tax Credit*”), así como la amortización acelerada (“*ACRS - accelerated depreciation*”)³⁵. Pero a partir de que las aerolíneas estadounidenses comenzaron a no tener capacidad impositiva para obtener los beneficios inmediatos del crédito fiscal a la inversión, así como de la amortización acelerada, las compañías de *leasing* de Estados Unidos que operaban bajo las facilidades del Reino Unido, decidieron subalquilar los aviones a las aerolíneas de Estados Unidos bajo la forma de verdaderos arrendamientos financieros.

Las oportunidades ofrecidas por la doble desgravación (“*double-dip*”) no se prolongaron durante mucho tiempo fuera del Reino Unido³⁶. A raíz de las conclusiones de los primeros acuerdos y las des-

los impuestos sobre beneficios son del 50%, la empresa de *leasing*, ha ganado 40 \$ tras vender el equipo en 200 \$ y ha pagado impuestos sobre sociedades de otros 40 \$. Pero lo importante del ejemplo y que se refleja en la tabla que se adjunta es la utilidad de la amortización, en este caso a través del método del balance decreciente (“*diminishing balance method*”), para las sociedades de *leasing*, puesto que en los primeros cuatro años se produce la recuperación de la inversión a través de la amortización del bien. Todo ello sin tener en cuenta el beneficio del exceso de amortización que disminuye los ingresos recibidos de otras fuentes como ocurre en los primeros cuatro años, con lo cual se pagan menos impuestos.

³³ R. APGOOD, “Dipping into Cross-Border Deals”, *Asset Finance & Leasing Digest*, June, 1991, pp. 41-42.

³⁴ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 117.

³⁵ Por un lado, el crédito fiscal a la inversión es un incentivo fiscal especialmente diseñado para estimular la inversión en capital, siendo fundamental en las operaciones de “*leveraged leasing*”, ya que proporciona una reducción casi inmediata en el coste del activo y el capital invertido del arrendador (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 288-289). Por definirlo de otra manera y específicamente para España, a través del crédito fiscal a la inversión, la empresa puede llevar dicho importe contra la cuota del Impuesto de Sociedades durante un determinado número de años, de manera que se reduce la carga impositiva y mejora la liquidez de dicha empresa para acometer futuros proyectos de inversión. Su utilización ha sido intensiva desde la Segunda Guerra Mundial y hasta la década de los ochenta en la mayor parte de los países desarrollados y en particular, cuenta con antecedentes en países como Holanda donde se introdujo en 1954, en Luxemburgo en 1959, en Estados Unidos en 1962, en Francia en 1966, y en España, mediante el Decreto-ley de 1 de diciembre de 1971, se introdujo en 1972 el llamado “Apoyo Fiscal a la Inversión” (D.-R. JORDÁN, “Crédito fiscal a la inversión en el Impuesto de Sociedades y neutralidad impositiva: más evidencia para un viejo debate”, Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, n° 1, 2000, p. 7, disponible en línea en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/papeles_trabajo/2000_01.pdf (consultado el 25 de marzo de 2014)). Por otro lado, la amortización acelerada se produce como consecuencia de la utilización del método de amortización del balance decreciente (“*reducing balance method*”) que ya ha sido tratado anteriormente y que provoca que la mayor parte de la amortización del bien se realice en los primeros años de la vida útil del activo, llegando a ser del 50% o incluso del 100% el coeficiente de amortización propuesto por los gobiernos.

³⁶ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 117.

cripciones técnicas en diversas revistas comerciales, las autoridades valoraron la posibilidad de eliminar tales transacciones cuando no había un beneficio económico directo para la economía del Reino Unido. Así que posteriormente el Reino Unido introdujo medidas que eliminaban el *leasing* internacional en el Reino Unido en 1982³⁷. A continuación, Estados Unidos eliminó en 1984 los recursos para los beneficios fiscales a la exportación desde Estados Unidos³⁸.

3. El valor tiempo del dinero

20. Uno de los conceptos básicos en finanzas, que es fundamental para entender el *leasing*, es el hecho de que el dinero tiene un valor en el tiempo, el cual varía por la oportunidad de invertir el dinero recibido en una fecha temprana al tipo de interés existente. Por lo tanto, el dinero recibido en el futuro, teniendo en cuenta además que puede que el dinero nunca sea reembolsado, tiene menos valor que el dinero recibido inmediatamente o en una fecha próxima. Así que el procedimiento para determinar la cantidad que va a ser recibida en una fecha temprana tiene que ser igual que la cantidad que será recibida en una fecha futura corregida por un factor de descuento, el cual involucra al concepto de interés compuesto utilizado en los préstamos³⁹.

El concepto de interés compuesto significa que cuando una cantidad de dinero es invertida, también se obtiene un interés durante el tiempo en que el dinero está invertido. Durante los períodos siguientes de la inversión, el interés que se obtiene no sólo corresponde al capital original de la inversión, sino también del interés acumulado durante los períodos anteriores. *Ad. ex.* una cantidad de 1000 \$ americanos invertidos al 8% de interés compuesto anualmente, resultaría en un incremento de 80 \$ que representa el interés ganado durante un año. Y si el principal junto con los intereses generados, esto es 1080 \$, son invertidos otro año a la misma tasa, la cantidad total disponible para la reinversión será al final del segundo año de 1166,40 \$⁴⁰.

21. Es necesario comprender el significado del valor actual del dinero, puesto que cuando se analicen los tipos de *leasing* se recurrirá a dicho concepto con frecuencia.

Por otro lado, conocer el valor actual del dinero, es importante para que las sociedades de *leasing* o posibles inversores puedan determinar si les sigue interesando invertir su dinero en la financiación de aeronaves como hasta ahora, sobre todo por las desgravaciones fiscales citadas anteriormente; o bien les interesa emplear sus rentas en otros proyectos o productos financieros porque obtienen una rentabilidad mayor, que las conseguidas en el momento actual con la inversión en la industria aeronáutica. Y así poder afirmar que el *leasing* va a seguir siendo la forma más importante de financiación de las aeronaves.

III. Tipos de *leasing* de aeronaves

22. Existen muchos tipos de *leasing* de aeronaves, que han sido descritos de forma distinta por diferentes autores, aunque coincidan en distinguir los dos tipos principales de *leasing*: *capital lease* y *operating lease*. Para empezar, existen diferencias en cuanto a la denominación de los tipos de *leasing* entre los distintos Estados.

El tipo de *leasing* utilizado para cualquier transacción depende de los intereses de cada una de las partes, el arrendador y el arrendatario y de sus circunstancias. Del simple concepto de *leasing* que definíamos en la introducción, han surgido un amplio rango de descripciones y definiciones que resultan de tratamientos e interpretaciones legales, como consecuencia de la clasificación de los tipos de *leasing* a efectos fiscales, a efectos contables, en relación con la legislación en el mercado de valores, en virtud

³⁷ S. HOYLE, "The Scope for Double-Dipping into the UK", *Aircraft Leasing*, July 1990, p. 15.

³⁸ J.-B. BRADY JR., "Documenting "Ownership" in Dual Characterisation Leases", *Airfinance Journal*, June 1988, p. 49.

³⁹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 118.

⁴⁰ La fórmula del Valor Futuro (VF) es $FV = VA \cdot (1 + i)^n$, mientras que la fórmula del Valor Actual (VA) es $VA = FV / (1 + i)^n$, siendo i el tipo de interés y n el número de períodos o años.

de las regulaciones bancarias, por los estatutos de usura y por las relaciones contractuales⁴¹. Estas clasificaciones sobre el *leasing* no sólo tienen distintos significados entre distintas jurisdicciones, sino de industria a industria. Así que tipos parecidos de *leasing* son denominados de diferentes maneras a causa de la percepción de cada una de las partes en cada caso particular. *Ad. ex.* en Canadá un *operating lease* puede ser denominado “*true lease*” o “*tax lease*”, y que aunque es evidente que estos tipos de *leasing* son en cierto modo “*tax leases*”, no es menos cierto que algunos tipos de *leasing* son denominados “*tax leases*” por las compañías o bancos a través del que se realiza el *leasing*, en virtud del cual dichas sociedades como arrendadoras tienen ventajas por la amortización. De acuerdo con este criterio, un *capital lease* debería estar englobado dentro de los “*tax leases*” por ofrecer ventajas por la amortización del bien, para el arrendatario y no para el arrendador. Por lo tanto, cómo sea denominado un *leasing* depende de cómo sea percibido y de quién esté llevando a cabo dicha percepción.

La principal influencia en la clasificación del *leasing* son la contabilidad y los impuestos. Antes de los años 70, en Estados Unidos y Canadá, arrendadores y arrendatarios trataban todos los tipos de *leasing* como *operating lease* cuando en realidad eran verdaderas compras. En los años 60, los arrendadores se habían dado cuenta de que podían realizar la amortización acelerada al equipo alquilado contra su base imponible y el arrendatario podía evitar capitalizar su deuda a través de contabilizar el *leasing* como un gasto. Estas prácticas distorsionaban el balance de situación real del arrendatario, pues lo mejoraba, mientras que el arrendador tenía que pagar menos impuestos, así que ambas partes se beneficiaban.

Sin embargo, esta situación no duró mucho, porque la SEC (*Securities and Exchange Commission*) y la IRS (*Internal Revenue Service*) en Estados Unidos y los organismos equivalentes en Canadá intervinieron para corregir estos abusos que se produjeron en las transacciones llevadas a cabo mediante *leasing*. Como se explicará a continuación, Estados Unidos y Canadá fueron los Estados que primero reaccionaron con una regulación contable para el *leasing*, pero le siguieron otros Estados como el Reino Unido, fijando sus propias normas contables para el *leasing*. Posteriormente surgieron normas internacionales de contabilidad en dicha materia, para que todos los Estados llegasen a utilizar los mismos criterios y se pudiese conseguir una unificación en la contabilidad del *leasing*, de manera que el mismo tipo de *leasing* en el que intervenían compañías de Estados distintos no fuese contabilizado de forma diferente en cada uno de ellos, con las consecuencias jurídicas que podrían derivar de esta falta de uniformidad. También a nivel impositivo, otros Estados como Alemania y Japón, siguiendo la línea impulsada por Estados Unidos y Canadá, empezaron a reducir las elevadas desgravaciones fiscales establecidas en los años 70 para incentivar la adquisición de bienes de equipo, como las aeronaves, a través del *leasing*.

23. Regulación a nivel contable. Así pues en 1972, la SEC preocupada de que se estuviese distorsionando la realidad de las compañías que no estaban capitalizando las operaciones de *leasing*, al no aparecer en el balance de situación de dichas empresas, siendo corporaciones públicas en ocasiones, presionó para que expertos en contabilidad fijaran criterios que determinaran si una operación de *leasing* era un *capital lease* o un *operating lease*. Por lo que, en 1976, finalmente el FASB (*Financial Accounting Standards Board*) en Estados Unidos estableció la normativa contable para el *leasing*, denominado FAS 13 (*Financial Accounting Standard 13*), *Accounting for Leases*, y que desarrollaba las directrices para la contabilidad del *leasing*, tanto para el arrendador como para el arrendatario, de hecho sus disposiciones esencialmente no han cambiado en la actualidad⁴².

Según el FAS 13, el *leasing* será considerado como un *capital leasing*, desde el punto de vista del arrendatario, cuando en un principio se cumplan al menos uno de estos cuatro criterios⁴³:

⁴¹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 184-185.

⁴² El FASB es el Consejo de Normas de Contabilidad y de Finanzas, organismo responsable en Estados Unidos de establecer los Principios Contables Generalmente Aceptados para las empresas allí instaladas, incluyendo las empresas extranjeras que invierten sus fondos en el mercado de capitales de Estados Unidos (*GAAP – Generally Accepted Accounting Principles*). Mientras que el FAS 13, es la primera regulación sobre contabilidad de *leases* que fue promulgada por el FASB y que es conocido en la actualidad como *Topic 842* bajo la nueva Codificación de las Normas de Contabilidad (*ASC – Accounting Standards Codification*) del FASB, aunque también han recibido la denominación de *Topic 840*.

⁴³ Estos criterios coinciden exactamente con los establecidos a 1 de octubre de 1998 (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 186).

- A través del acuerdo del *leasing* se transfiere la titularidad de la propiedad al arrendatario al finalizar el período de *leasing*.
- El acuerdo de *leasing* contiene una opción de compra para el arrendatario.
- La duración del período de *leasing* tiene que ser igual o mayor al 75% de la vida útil de la propiedad alquilada. Sin embargo, si el inicio del período del *leasing* está dentro de ese último 25% del total de la vida económica estimada de la propiedad alquilada, incluyendo los primeros años de uso, este criterio no puede ser utilizado para clasificar el *leasing*.
- El valor presente al comienzo del período del *leasing* de las rentas mínimas pagadas por el *leasing* (excluyendo esa parte de los pagos que se corresponde con costes de seguros, mantenimiento e impuestos, pendientes de ser abonados por el arrendador, incluyendo cualquier beneficio relacionado), debe ser igual o mayor del 90% del valor de mercado razonable de la propiedad, teniendo en cuenta que dicho valor presente debe calcularse a una tasa de interés incremental del endeudamiento del arrendatario (que es la tasa en la que incurriría el arrendatario si tuviese que pedir prestados, en un plazo y con garantías similares, los fondos necesarios para comprar el activo), y excluyendo cualquier crédito fiscal a la inversión retenido por el arrendador y que se espera sea ejecutado o realizado por él⁴⁴. Al igual que en el criterio anterior, si el inicio del período del *leasing* está dentro de ese último 25% del total de la vida económica estimada de la propiedad alquilada, incluyendo los primeros años de uso, este criterio no puede ser utilizado para clasificar el *leasing*.

El *FAS 13* establece que, desde el punto de vista del arrendador, si desde un principio, un *leasing* cumple con alguno de los cuatro criterios anteriores y además cumple con los dos criterios siguientes, será considerado como un “*sales-type lease*” o lo que es lo mismo un contrato de arrendamiento-compra, es decir que podría considerarse una compraventa; o bien como un “*direct financing lease*”, lo cual viene a significar que ese acuerdo de *leasing* se lleva a cabo a través de financiación claramente, así que sería un *capital lease*. En cualquier otro caso el acuerdo de *leasing* será clasificado como un *operating lease*. Los dos criterios que deben cumplirse son:

- Cuando el conjunto de los pagos mínimos del *leasing* sean fácilmente predecibles. En este sentido, un arrendador no estará exento de clasificar dicho *leasing* en las categorías antes mencionadas, porque sobre el bien exista la posibilidad de que no se puedan llevar a cabo los cobros, en base a experiencias con grupos similares de bienes a cobrar.
- Además, no puede haber grandes dudas sobre la cantidad no reembolsable de los costes en los que todavía no ha incurrido el arrendador por el *leasing*. Puede considerarse que existe mucha incertidumbre cuando las obligaciones para el arrendador de garantizar el rendimiento de la propiedad alquilada sean más amplias que la garantía típica del producto arrendado o cuando haya una protección efectiva del arrendatario sobre la obsolescencia del equipo alquilado. Sin embargo, los costes que se prevén que va a realizar el arrendador, tales como el seguro, el mantenimiento y los impuestos, no constituyen en sí mismos una duda o incertidumbre importante⁴⁵.

24. A continuación en Canadá, en concreto en 1979, el *CICA* (*Canadian Institut of Chartered Accountants*) a través del *CICA Handbook* también estableció su propia regulación contable para el

⁴⁴ Sin embargo, desde el punto de vista del arrendador, éste contabilizará el valor presente de los pagos mínimos por el arrendamiento utilizando la tasa de interés implícita en el arrendamiento, que ya ha sido explicada al tratar el tema del valor tiempo del dinero. Mientras que el arrendatario calculará el valor presente de los pagos mínimos derivados del *leasing* mediante la tasa de interés incremental del endeudamiento del arrendatario arriba explicada, a menos que sea posible conocer la tasa de interés implícita contabilizada por el arrendador y dicha tasa de interés implícita sea menor que la tasa de interés incremental del endeudamiento. Así que si se cumplen estos dos últimos requisitos, el arrendatario usará la tasa de interés implícita y no la tasa de interés incremental del endeudamiento (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 186).

⁴⁵ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 187.

leasing, que seguía las mismas directrices del *FAS 13*⁴⁶. Posteriormente, en 1984 el Reino Unido adoptó sus propias normas contables sobre el *leasing* al desarrollar las *SSAP 21*, aunque no seguía las mismas directrices de las normas contables de Estados Unidos para distinguir el *capital lease* del *operating lease*, sino de las denominadas *IAS 17*, que se verán a continuación⁴⁷.

Así que, después de las *FAS 13*, la normativa contable internacional más importante en materia de *leasing* son las denominadas *IAS 17 (International Accounting Standard 17), Leases*, creadas en 1982, son revisadas en la actualidad por el *IASB (International Accounting Standards Board)*, que es un organismo independiente del sector privado encargado de desarrollar y aprobar las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIFs, conocidas como *IFRS, International Financial Reporting Standards*, en inglés)⁴⁸. Se trataba de crear normas internacionales de contabilidad en materia de *leasing*, para que todos los Estados llegasen a utilizar los mismos criterios y se pudiese conseguir una unificación en la contabilidad del *leasing*, de manera que el mismo tipo de *leasing* en el que intervienen compañías de Estados distintos no sea contabilizado de forma diferente en cada uno de los Estados. Pues esto generaba los problemas que ya se han señalado anteriormente como que las aeronaves no apareciesen correctamente en los Balances de las compañías, ya fuesen los fabricantes o las aerolíneas. También podía suceder que si posteriormente se planteaba algún problema y hubiese que recuperar la aeronave, todos querían ejercer los derechos sobre la misma como propietarios, al no estar delimitados claramente los derechos y obligaciones de cada una de las partes.

Como las *FAS 13* ya han sido explicadas en detalle, se van a indicar las similitudes y diferencias de las *IAS 17* con respecto a la normativa contable estadounidense respecto de los arrendamientos o *leases*, es decir en relación a las *FAS 13*. Así pues, mientras en éste último se prefiere hablar de línea divisoria entre los dos tipos de *leasing*, en las *IAS 17* se hace referencia a que serán los hechos y circunstancias los que lleven a decidir de manera justificada qué tipo de *leasing* es el que se está realizando en la práctica⁴⁹:

- La transferencia de la propiedad al finalizar el período de *leasing* y la opción de compra del *FAS 13* como dos de las condiciones posibles para que sea considerado como un *capital lease*, son también dos de los criterios que contempla el *IAS 17*, para que o bien individualmente o bien en combinación entre ellos o con otros requisitos sea tratado como un *finance lease*. En relación con esta diferencia de denominación, aclarar que mientras en el *FAS 13* se denomina *capital lease* a un *leasing* en el que se transfieren sustancialmente todos los riesgos y las ventajas asociadas con la propiedad, en el *IAS 17* es denominado *finance lease*. En consecuencia, un *capital lease* y un *finance lease* es lo mismo terminológicamente hablando, aunque su contenido difiere puesto que el primero al ser creado por el *FASB* ha establecido condiciones distintas que el *IASB*, que es el organismo que ha elaborado los requisitos para que un *leasing* sea considerado como un *finance lease*.

⁴⁶ El *CICA* es el Instituto Canadiense de Expertos Contables, que codificó el *leasing* en la Sección 3065 del *CICA Handbook*, que recoge la Guía o el Manual del *CICA*, con los mismos criterios establecidos por el *FASB* (D.-H. BUNKER, *The Law of Aerospace Finance in Canada*, Institute and Centre of Air and Space Law, McGill University, Montreal, 1988, p. 27).

⁴⁷ En concreto el 1 de julio de 1984 el Reino Unido desarrolló sus propias "*Lease Accounting Standard*" denominadas *SSAP 21* (R. AFGOOD, "Dipping into Cross-Border Deals", *Asset Finance & Leasing Digest*, June, 1991, pp. 41-42).

⁴⁸ El *IASB* es el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad, constituida en el año 2001 para sustituir al *IASC (International Accounting Standards Committee)* que es el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad. Por su lado, el *IASC* surge en 1973 y nace del acuerdo de los representantes de profesionales contables de varios países como son Alemania, Australia, Estados Unidos, Francia, Holanda, Irlanda, Japón, México y Reino Unido, para el desarrollo de una serie de normas contables que pudiesen ser aceptadas y aplicadas en todos los países, con la finalidad de favorecer la armonización de los datos y su comparabilidad. Mientras que el *IAS 17* es la primera regulación sobre contabilidad de *leasing* que fue promulgada por el entonces *IASC* en septiembre de 1982, pero no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1984. Sobre las *IAS 17* se han realizado dos revisiones, una en 1997 y la otra en 2003, entrando en vigor esta última revisión el 1 de enero de 2005, aunque algunas modificaciones o mejoras que afectaban a esta revisión del 2003 realizadas en abril del 2009 no entraron en vigor hasta el 1 de enero de 2010, pero en lo fundamental y sobre todo, en lo que afecta al arrendamiento de aeronaves, las *IAS 17* no han sufrido grandes cambios con estas revisiones. Sólo a modo de aclaración, expresar que las normas *IASs*, en castellano denominadas *NICs*, es decir Normas Internacionales de Contabilidad, eran aprobadas por el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (*IASC*) -predecesor del *IASB*-, mientras que las normas *ISFRs*, que han sido mencionadas arriba, en castellano son denominadas *NIIFs* y se diferencian de las *IASs* ó *NICs* en que son una nueva serie numerada de Normas que emite en la actualidad el *IASB*.

⁴⁹ *Vid.* International Accounting Standards 17, *Leases*, disponible en línea en http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/consolidated/ias17_en.pdf (consultado el 7 de mayo de 2014).

- En el *FAS 13* se establece como tercero de los requisitos para que sea considerado un *leasing* como un *capital lease* que la duración del *leasing* suponga el 75% ó más de la vida económica del bien arrendado, como ya se ha visto. Sin embargo, el *IAS 17* no es tan rígido en este sentido y sólo señala que el plazo del arrendamiento tiene que cubrir la mayor parte de la vida económica del activo, aunque la propiedad no se transfiera al final de la operación de *leasing*, pero no fija un porcentaje concreto.
- El que figura en cuarto lugar como se ha indicado al tratar el *FAS 13*, que es que el valor presente de las rentas mínimas obtenidas por el *leasing* sea del 90% o más del valor razonable del bien arrendado, también difiere del requisito fijado por el *IAS 17*, que establece que el valor presente de los pagos mínimos por el arrendamiento sea al menos equivalente a la práctica totalidad del valor razonable del activo objeto de la operación. Como se puede comprobar de nuevo, en este requisito del *IAS 17* tampoco se establece un porcentaje exacto para delimitar de qué tipo de *leasing* se trata, sino que se está de nuevo ante una condición más flexible que la establecida por el *FAS 13*. Aclarar en este sentido, que bajo el *IAS 17* el factor de descuento que se va a utilizar para calcular el valor presente de los pagos mínimos obtenidos por el arrendamiento, es la tasa implícita en dicho *leasing* y sólo si no fuera posible determinarla, habría que acudir a la tasa de interés incremental de los préstamos del arrendatario. Mientras que bajo el *FAS 13*, como ya se ha visto al estudiar estas normas, es a la inversa, el arrendatario calculará el valor presente de los pagos mínimos derivados del *leasing* mediante la tasa de interés incremental del endeudamiento del arrendatario, a menos que sea posible conocer la tasa de interés implícita contabilizada por el arrendador y dicha tasa de interés implícita sea menor que la tasa de interés incremental del endeudamiento, porque sólo si se cumplen estos dos requisitos, el arrendatario usará la tasa de interés implícita y no la tasa de interés incremental del endeudamiento⁵⁰.
- Por último, el *IAS 17* fija una quinta condición que no establece el *FAS 13* para que un *leasing* sea considerado un *finance lease*, y es que los activos arrendados sean de una naturaleza tan especializada que sólo el arrendatario tenga la posibilidad de utilizarlos sin realizar en ellos importantes modificaciones. Este requisito podría darse habitualmente en el caso de las aeronaves, puesto que las aeronaves son activos que se adaptan al cliente de manera que sólo la aerolínea a la que se le arrienda puede utilizarlos sin poder modificarlos. De hecho, los aviones se customizan para cada cliente y esto es así porque las aerolíneas requieren distribuciones de los asientos en sus aeronaves adaptadas a sus necesidades, por no mencionar que el exterior de la aeronave, esto es la pintura de las aeronaves con el logo es totalmente diferente entre aerolíneas.

Además, el *IAS 17* establece otros indicadores que no se establecen en el *FAS 13* y que pueden llevar, de manera individual o conjunta con otras, a la clasificación de un arrendamiento como *finance lease*, tales como:

- Si el arrendatario puede cancelar el contrato de arrendamiento, y las pérdidas sufridas por el arrendador como consecuencia de dicha cancelación serán asumidas por el arrendatario.
- Cuando las pérdidas o ganancias derivadas de las fluctuaciones en el valor razonable del importe residual recaen sobre el arrendatario, como puede ser a través de un descuento por un importe similar sobre el valor de la venta del activo al final del arrendamiento.
- Si el arrendatario tiene la posibilidad de prorrogar el arrendamiento durante un segundo período, con unos pagos por el arrendamiento que son sustancialmente inferiores a los que vienen estableciéndose habitualmente como de mercado.

⁵⁰ Para el *IAS 17*, la tasa implícita en el arrendamiento, es la tasa de interés que el arrendatario tendría que pagar por un arrendamiento similar, mientras que la tasa de interés incremental de los préstamos del arrendatario es la tasa en la que incurriría dicho arrendatario si pidiera prestados, en un plazo y con garantías similares, los fondos necesarios para comprar el activo. Esta última tasa coincide con la tasa de interés incremental del endeudamiento del arrendatario, a la que se hace referencia en el *FAS 13*.

25. Por lo tanto, mientras que los criterios en el *FAS 13* para distinguir un *capital lease* de un *operating lease* son bastante rígidos, no ocurre lo mismo con el *IAS 17*, que deja claro que los criterios establecidos anteriormente para que un arrendamiento sea considerado como un *finance lease* no son siempre concluyentes. De manera, que si es evidente por otras características que mediante el arrendamiento no se transfieren sustancialmente todos los riesgos y ventajas inherentes a la propiedad, éste será considerado como un *operating lease*. Será tratado como tal en el caso en el que la propiedad del activo se transfiera al término del arrendamiento por un pago variable que sea igual a su valor razonable en ese momento, o si existen pagos contingentes como consecuencia de los cuales el arrendatario no tiene sustancialmente todos estos riesgos y ventajas⁵¹.

En resumen, mientras que en el *FAS 13* se establecen una serie de requisitos para establecer cuándo un arrendamiento debe ser clasificado como un *capital lease*, y si no se cumplen estos requisitos será considerado un *operating lease*, en el caso del *IAS 17*, para que un arrendamiento sea considerado como de uno u otro tipo dependerá de la esencia económica y naturaleza de la transacción, más que de la mera forma del contrato. Es importante definir el tipo de *leasing* que se esté llevando a cabo para financiar la adquisición de aeronaves, porque dependiendo de que sea un *capital lease* o un *operating lease*, el contenido del contrato o contratos relacionados con el *leasing* será distinto, y los problemas derivados de los mismos se resolverán de manera diferente.

26. Por su parte, respecto del *IAS 17*, la Unión Europea en 2002 tomó la decisión de adoptar las Normas Internacionales de Contabilidad fijadas por el *IASB*, entre las que estaba obviamente la NIC 17, para lo cual la Comisión debía estudiar la pertinencia de la aplicabilidad de dichas normas. En definitiva, entre otras cuestiones, tenía que comprobar si, tal y como se recoge textualmente en el art. 3.2 del Reglamento 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, estas normas cumplen con: “*los requisitos de comprensibilidad, pertinencia, fiabilidad y comparabilidad de la información financiera necesarios para tomar decisiones en materia económica y evaluar la gestión de la dirección*”⁵². Así que hasta octubre del 2003, fecha de entrada en vigor del Reglamento 1725/2003, no fue obligatorio la aplicación de las NICs en la Unión Europea, a excepción de la NIC 32 (Instrumentos Financieros: Presentación e Información a revelar) y la NIC 39 (Instrumentos Financieros: Reconocimiento y Medición), que estaban siendo objeto de modificación en ese momento por el *IASB*, por lo que se desaconsejó su aprobación⁵³. Dado que dicho Reglamento sufrió posteriormente modificaciones, a través de distintos Reglamentos, lo cual provocaba inseguridad jurídica y dificultad en la aplicación de las diferentes normas de contabilidad dentro de la Unión Europea, se decidió recoger en un único texto las normas integradas en este Reglamento y sus actos de modificación, con el objetivo de dar claridad y transparencia, dando origen al Reglamento 1126/2008⁵⁴. Este Reglamento del 2008 todavía sigue en vigor y aunque ha sufrido diversas

⁵¹ En el *IAS 17* las cuotas contingentes del arrendamiento son definidas como la parte de los pagos por arrendamiento cuyo importe no es fijo, sino que se basa en el importe futuro de un factor que varía por razones distintas del mero paso del tiempo, como puede ser el caso de un porcentaje de la ventas futuras, el grado de utilización futura, índices de precios futuros, etc...

⁵² Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, DO núm. L 243, 11 septiembre 2002, relativo a la aplicación de normas contables internacionales, en virtud del cual estos organismos decidieron que se debían aplicar en el Espacio Económico Europeo (EEE) las Normas Internacionales de Contabilidad o NICs, con el objetivo de lograr una mayor transparencia y comparabilidad de los estados financieros y, en consecuencia, un funcionamiento eficiente del mercado de capitales de la Unión Europea y del mercado interior. Para que una norma de contabilidad del *IASB* se transforme en una norma que forme parte del Derecho de la Unión Europea, en este caso un Reglamento, es necesario que supere un proceso específico de endoso (*due process of endorsement*), que no se va a explicar por no ser importante para el presente trabajo. En este sentido *vid.* “*Due process of endorsement*” disponible en línea en http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/ias/endorsement_process.pdf (consultado el 4 de mayo de 2014).

⁵³ Con el objetivo de hacer efectiva la aplicación de las NICs, en la Unión Europea se desarrolló el Reglamento (CE) núm. 1725/2003 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2003, DO núm. L 261, 13 octubre 2003, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002 (DO núm. L 243, 11 septiembre 2002), relativo a la aplicación de normas contables internacionales (Texto pertinente a efectos del EEE).

⁵⁴ Considerando (3) Reglamento (CE) núm. 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, DO núm. L 320, 29 noviembre 2008, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002 (DO núm. L 243, 11 septiembre 2002), relativo a la aplicación de normas contables internacionales (Texto pertinente a efectos del EEE).

modificaciones, en lo que respecta a las *IAS 17* se han aprobado algunos cambios poco importantes, realizados por el *IASB* en 2009, pero que no han sido adoptados por la Unión Europea hasta el 2010 y que no afectan en definitiva al *leasing* de aeronaves⁵⁵.

27. Sin embargo, en el año 2006 ambos Consejos, el *IASB* y el *FASB*, anunciaron el comienzo de un proyecto conjunto para revisar la contabilidad de los tipos de *leasing*, con el objetivo de solucionar la disparidad de criterios para diferenciar un *capital lease* de un *operating lease* y promulgar unas normas contables respecto al *leasing* que fueran comunes a nivel mundial. Este proyecto tiene su origen en los Estados Unidos como consecuencia de los escándalos que surgieron en el año 2000, puesto que en ciertos informes financieros determinadas operaciones de *leasing* estaban contabilizadas fuera del Balance de Situación, cuando en realidad debían aparecer en él. Como consecuencia de los cuales la *SEC* recomendó en 2005 una serie de cambios en los requisitos existentes sobre contabilidad del *leasing* para así lograr una mayor transparencia en dichos informes financieros.

El resultado de este proyecto conjunto entre el *IASB* y el *FASB* desembocó en la presentación de un borrador el 17 de agosto de 2010, que fue modificado en junio de 2013 con el objetivo de establecer finalmente en este último borrador un modelo dual para realizar la contabilidad del *leasing* distinto a la existente hasta el momento, que estaba basado en los tipos de *leasing* ya citados, el *capital lease* o *finance lease* y el *operating lease*. Las propuestas incluidas en el primer borrador del 2010, en el cual virtualmente todos los tipos de *leasing* son considerados como *capital o finance lease*, introducen cambios significativos en la contabilidad de los arrendamientos, pues desaparece la dicotomía entre el *capital lease* y el *finance lease*, y nace el modelo del “derecho de uso”⁵⁶. Sin embargo, este borrador ha sufrido modificaciones, proponiendo un modelo dual en el que se clasifican los *leasing* en tipo A, dentro del cual estarían los bienes de equipo o los vehículos, entre los que encontrarían las aeronaves, y tipo B, dentro de los cuales estarían los bienes inmuebles, cuya contabilidad de los *leasing* seguiría estando basada en el modelo del “derecho de uso” que en la cita anterior se ha explicado, pero que básicamente viene a reflejar una relación inextricable entre el “derecho de uso” –que se refleja en el activo del balance de situación– y la obligación por el arrendamiento –que se refleja en el pasivo del balance de situación–⁵⁷.

Esta nueva clasificación en cuanto al *leasing* realizada por los “Boards” que es así como se les conoce en el ámbito internacional al *IASB* y al *FASB*, ha recibido críticas por parte de los grupos más importantes de la industria aeronáutica, como son el *AWG* (*Aviation Working Group*) y el *IATA IAWG* (*IATA Industry Accounting Working Group*). Por un lado, el *AWG* es un grupo formado por los principales fabricantes, empresas arrendadoras o de *leasing* y compañías financieras tanto de aeronaves como de motores⁵⁸.

⁵⁵ Vid. modificación a la NIC 17 Arrendamientos, en el Anexo del Reglamento (UE) núm. 243/2010 de la Comisión, de 23 de marzo de 2010, DO núm. L 77, 24 marzo 2010, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008 (DO núm. L 320, 29 noviembre 2008), por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002 (DO núm. L 243, 11 septiembre 2002), relativo a la aplicación de normas contables internacionales, en lo que se refiere a las Mejoras de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) (Texto pertinente a efectos del EEE).

⁵⁶ Vid. “Leases (Topic 840) Exposure Draft” disponible en línea en http://www.awg.aero/assets/docs/FASB_ED_Lease_Accounting.pdf (consultado el 19 de mayo de 2014). El modelo del “derecho de uso” recogido en este borrador consistiría en que: el arrendatario reconocería en todo caso un activo que representa el derecho de uso del bien arrendado y un pasivo por la obligación de pagar las cuotas del arrendamiento; mientras que el arrendador reconocería un activo que representa el derecho a recibir los pagos del arrendatario, y dependiendo de su exposición a los riesgos y beneficios asociados al activo subyacente, o bien reconocería un pasivo sin llegar a dar de baja el activo subyacente (enfoque de la obligación de ejecución), o bien daría de baja la parte del activo arrendado que corresponde a los derechos transferidos al arrendatario y continuaría reconociendo un activo residual que representaría los derechos sobre el activo subyacente al final arrendamiento (enfoque de baja en cuentas).

⁵⁷ Vid. “Leases (Topic 842) Exposure Draft” disponible en línea en <http://www.awg.aero/assets/docs/FASB-Leases-RED-5-16-2013.pdf> (consultado el 19 de mayo de 2014).

⁵⁸ El *AWG* comenzó a trabajar en 1994 a petición del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT*), como un grupo industrial para contribuir al desarrollo del Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, el cual fue firmado en 2001. En 2002 el *AWG* se convirtió en una entidad sin ánimo de lucro y su ámbito de aplicación se ha extendido significativamente. Éste se ha dirigido hacia un amplio rango de aspectos que afectan a la financiación de la aviación internacional, como puede ser el tema de los seguros. También

Por su parte, el *IATA IAWG* es un grupo de profesionales senior encargados de las finanzas de las aerolíneas más importantes y representa a cerca de 240 aerolíneas⁵⁹.

Después del primer borrador del 2010 para establecer unas normas comunes internacionales sobre la clasificación de los tipos de *leasing*, el *AWG* envió diversas cartas realizando observaciones a dicho borrador, por lo que éste fue revisado. De ahí, surgió el segundo borrador en el 2013, que ha llevado al *AWG* a afirmar que si las propuestas realizadas en este último borrador se implementan, cambiaría la contabilidad del arrendador y del arrendatario, de forma tal que se estaría perjudicando a los usuarios y realizadores de los Estados financieros, por lo que no apoyan en absoluto la publicación de estas nuevas normas basadas en este último borrador del 2013⁶⁰. En concreto, las propuestas que el *AWG* y el *IATA IAWG* realizaron en respuesta al borrador presentado por los *Boards*, para la adopción de una normativa común contable internacional sobre los tipos de *leasing*, están más enfocadas a seguir con la clasificación existente de *operating lease* y *capital lease*, de las que se deben destacar: la clasificación de los tipos de *leasing* debe permanecer según lo establecido por las normas *IAS 17*, que establece una clara división entre los dos tipos de *leasing* basada en el principio de riesgos y ventajas transferidas, en detrimento del *FAS 13*, cuya la línea divisoria entre los dos tipos de *leasing* ya no sería de aplicación; los *leasing* clasificados como *capital lease* o *finance lease* serían contabilizados como de tipo A según el borrador; y los *leasing* catalogados como *operating lease* serían contabilizados como de tipo B según el borrador⁶¹.

28. En conclusión, el *AWG* no está de acuerdo en la nueva clasificación realizada de los tipos de *leasing* presentadas en el borrador antes citado, porque tal y como señala en una serie de puntos en una carta dirigida a los *Boards*⁶²:

- Es totalmente arbitraria y no es consistente con el punto de vista que tienen la dirección y los usuarios de los estados financieros de los arrendadores respecto de las transacciones de *leasing*. Bajo su punto de vista, el enfoque de la clasificación debe estar orientada hacia la naturaleza del contrato de *leasing*, como hasta ahora se venía realizando, y no hacia el activo subyacente.
- La clasificación de todos los tipos de *leasing*, tanto de las aeronaves como de los motores, en *leasing* de tipo A, en la mayoría de los casos no representa fielmente muchas de las actividades del arrendador, y no proporciona a los usuarios de los estados financieros del arrendador la información tal y como ellos la prefieren.
- Para el arrendador es necesario que se reconozca que existen diferencias entre los *leasing* que representan una verdadera financiación y los *leasing* que suponen el uso de un activo, independientemente del tipo de activo subyacente del que se trate.
- Los cambios propuestos para el modelo existente de *finance lease* y *sales-type lease* no representan una mejora en los informes financieros. Estos cambios implican que los arrendadores inviertan recursos, siendo poco o ninguno el beneficio que obtengan los usuarios de los nuevos estados financieros de las empresas arrendadoras.

el *AWG* sirve de foro en el que se tratan nuevos temas que ellos plantean y desarrollan, y también dirigen aspectos muy importantes del *leasing* y de la financiación de la aviación internacional. El *AWG* está copresidido por Airbus y Boeing, y sus miembros y afiliados comprenden los más importantes fabricantes de la industria aeronáutica y de las instituciones financieras, incluyendo las mayores compañías de *leasing* del mundo. Los miembros de *AWG* y sus afiliados fabrican principalmente todos los motores y aeronaves comerciales modernas, y alquilan y financian una gran parte de estos equipos nuevos. Por dejar claro la importancia del *AWG*, son miembros del mismo las compañías de *leasing* más importantes que existen en la actualidad y que son *GECAS* (*GE Capital Aviation Service*) e *ILFC* (*International Lease Finance Corporation*) –esta última ha sido absorbida por *AerCap*. Vid. La página del *AWG*, que está disponible en línea en <http://www.awg.aero> (consultada el 20 de mayo del 2014).

⁵⁹ El *IATA IAWG* es un grupo de expertos en finanzas creado por la *IATA*, que representa a las aerolíneas más importantes del mundo, con lo cual es fácil hacerse una idea de su relevancia, ya que son las empresas clientes que adquieren las aeronaves sobre todo financiándolas, en muchos ocasiones a través del *leasing*.

⁶⁰ Vid. “Summary of Position on Lease Accounting Exposure Draft” disponible en línea en <http://www.awg.aero/assets/docs/Lease-Accounting-AWG-Summary.pdf> (consultado el 20 de mayo de 2014).

⁶¹ Vid. “Aviation Working Group and IATA IAWG – Comments on Leases Exposure Draft ED/2013/6”, disponible en línea en <http://www.awg.aero/assets/docs/AWG-IATA-joint-Letter-on-ED-2013-6.pdf> (consultado el 20 de mayo de 2014).

⁶² Vid. “Aviation Working Group – Comments on Leases Exposure Draft ED/2013/6”, disponible en línea en http://www.awg.aero/assets/docs/Lease-Accounting-AWG Submission_2nd ED_FINAL.pdf (consultado el 20 de mayo de 2014).

Por lo tanto, el *AWG* no está de acuerdo con lo expuesto en el último borrador, aunque espera que éste también sea modificado y que la normativa contable internacional definitiva sea publicada en el 2014 para que entre en vigor en el 2017⁶³. Sin embargo, a la fecha de elaboración del presente trabajo todavía no se ha producido la presentación de un nuevo borrador, por lo que de momento la clasificación de los tipos de *leasing* sigue siendo la que existe en este momento: *capital lease* o *finance lease* y *operating lease*. Así que la línea divisoria entre uno y otro tipo de *leasing* a nivel contable viene señalado por el *FAS 13* en Estados Unidos y por el *IAS 17* a nivel internacional, en este último caso por los países que deciden que se les aplique dichas normas internacionales de contabilidad, entre ellos la Unión Europea como ya se ha señalado antes.

29. Regulación a nivel fiscal. Como a nivel contable ya se ha analizado la influencia en la clasificación de los tipos de *leasing*, así que a continuación se va a estudiar la influencia a nivel fiscal sobre dicha clasificación.

La normativa fiscal en la mayoría de los países industrializados ha sido utilizada durante muchos años como instrumentos de política gubernamental con el objetivo de incrementar las rentas, siendo este el caso de Estados Unidos, Alemania, Japón y Canadá. Por lo tanto, los coeficientes de amortización y los incentivos fiscales a la inversión habían sido utilizados en el pasado con la intención de promocionar ciertas industrias o la venta de bienes de equipo específicos, como era el caso de las aeronaves, pues las legislaciones de estos países fijaban coeficientes de amortización particularmente favorables para este tipo de bienes. *Ad. ex.* el gobierno de Estados Unidos en el “*General Aviation Regulations Act*” de 1994 estableció durante un corto período de tiempo un mecanismo conocido como “*bonus depreciation*”, el cual permitía a las compañías imputar adicionalmente un 30% del valor de depreciación de los bienes de capital nuevos en el primer año de compra, siempre que el activo hubiese sido adquirido entre el 10 de septiembre del 2001 y el 11 de septiembre del 2004⁶⁴.

30. Sin embargo, los efectos beneficiosos que se pretendían con las tasas aceleradas de depreciación no fueron los deseados al menos totalmente, por diversas razones, pero principalmente porque las compañías no tenían suficiente renta imponible de la que deducirse estos gastos. Así que se desarrolló un negocio alrededor de los años 60, de manera que se comerciaba con los beneficios o desgravaciones fiscales, junto con los créditos fiscales a una inversión importante para el arrendador, a cambio de una tasa de interés implícita más baja para el arrendatario. Este fenómeno ocurrió en la mayoría de los países industrializados, donde la autoridad impositiva en cada caso establecía supuestamente el coste último de la operación.

Por explicar con más detalle esta situación anterior, la depreciación, como ya se ha descrito antes, es el coste del uso y rotura de los bienes de equipo, por lo que esta cantidad se tiene que deducir de los beneficios brutos, de la misma manera que otros gastos como los salarios son deducibles. Esta misma cantidad en teoría se deja en un fondo de reserva aparte y disponible para cuando ese equipo tan costoso, como son las aeronaves, necesite ser restaurado o reemplazado. Por lo tanto, se supone que sólo una compañía puede realizar la depreciación del mismo equipo. Así que, la preocupación del recaudador de impuestos era asegurarse de que dos compañías distintas no se desgravasen por la depreciación del mismo bien, la misma cantidad y que las compañías que llevaban a cabo la depreciación estuviesen sujetas a los impuestos de su jurisdicción. Este problema se producía cuando en un acuerdo de *leasing* no estaba claramente definido el tipo de *leasing* y la depreciación era realizada por ambas partes, el arrendador y el arrendatario.

En la mayoría de las jurisdicciones, el primer problema de la depreciación acelerada fue solucionado a través del desarrollo de una guía clara donde se fijaban unas tasas o coeficientes propuestos de amortización para cada una de las partes que participaban en el *leasing*⁶⁵.

⁶³ Tay y como se recoge en la página web del *AWG* cuando trata el “*Lease Accounting Project*”, disponible en línea en <http://www.awg.aero/projects/accountingrules/#leaseaccounting> (consultado el 21 de mayo de 2014).

⁶⁴ K. LYNCH, “Bonus Depreciation. Is the Time Running Out?”, *Business & Commerce Aviation*, May 2004, p. 78.

⁶⁵ Cuando se planteaban dudas sobre qué coeficiente aplicar, la autoridad fiscal establecía una norma impositiva, lo cual sucedía en países como Canadá y Estados Unidos, mientras que en Inglaterra eran los abogados tributarios los que daban sus opiniones al respecto (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 190).

31. En cuanto al segundo problema, las normas fiscales para favorecer la adquisición de bienes de equipo mediante el *leasing* se fueron reduciendo en todos los Estados por razones diferentes. En Estados Unidos, en los años 70 se incrementó el volumen del *leasing*, de manera que se realizaron complejas operaciones de *leasing*, con el objetivo de obtener beneficios fiscales, por lo que el IRS (*Internal Revenue Service*) se vio desbordado, así que en 1975 creó el *Revenue Procedure 75-21*, en el que se fijaba un guía clara para regular las transacciones de *leasing*, conocidas como *leveraged lease*, que serán explicadas al tratar en detalle los tipos de *capital lease*⁶⁶.

Por otro lado, en Canadá, el gobierno comenzó a modificar las normas tributarias para eliminar el impacto de los *leverage leasing* y posteriormente en 1989 decidieron neutralizar las ventajas fiscales de los arrendadores financieros en las grandes transacciones. *Ad. ex.* Air Canada se benefició de dicha estructura rápidamente al obtener un beneficio neto actualizado al valor presente de un 6%, por el miedo de las instituciones financieras a que el gobierno canadiense impidiera posteriormente el uso del *leverage leasing*.

Otros países también decidieron controlar los abusos internacionales en materia de *leasing*, entre ellos el Reino Unido, como consecuencia de que a principios de los 80, muchos activos podían ser desgravados fiscalmente por el 100% del valor del activo durante el primer año de adquisición de la aeronave. Esto llevó a abusos por parte de los arrendadores, que alquilaban equipos que no eran fabricados en el Reino Unido a arrendatarios que estaban localizados fuera también del Reino Unido, provocando que los beneficios no se quedaran en el Reino Unido y la Tesorería de dicho país viera reducidos sus ingresos.

Estados Unidos también decidió reconducir los abusos provocados por el *leasing* sobre activos extranjeros a través del *Tax Reform Act* de 1984, así como Japón y Alemania pusieron fin a la transferencia de ventajas fiscales como consecuencia de las operaciones de *leasing* internacional, después de muchos debates⁶⁷.

32. El *leasing*, que implica transferencia de ventajas fiscales, continúa en la actualidad a nivel nacional en Estados Unidos, el Reino Unido y Francia, y como *leasing* internacional, refiriéndose concretamente a que la aeronave sobre la que se realiza el *leasing* proceda de otro Estado, a través de las *United States Ownership-Foreign Sales Corporation (O-FSC)*, *United States Commission-Foreign Sales Corporation (C-FSC)* que tuvieron una corta duración bajo esa denominación, pero que fueron sustituidas por estructuras similares denominadas *Extraterritorial Income (ETI)*⁶⁸; y a través de los conocidos como *Japanese Operating Leases (JOL)*, que serán estudiados cuando se traten los tipos de *operating lease*. Sin embargo, los beneficios han ido gradualmente disminuyendo por la eliminación de los créditos fiscales a la inversión y la reducción de las tasas o coeficientes de amortización.

En las distintas jurisdicciones, los arrendadores o sociedades de *leasing* pensaban que el *leasing* de equipos iba a disminuir como consecuencia de esta legislación tan restrictiva, pero los arrendadores más innovadores han sobrevivido a través de otros tipos de *leasing*, mientras que otros han desaparecido. Se debe observar que el *leasing* de equipos ha crecido en Estados Unidos, el Reino Unido y en general la Unión Europea, a pesar de los cambios sufridos en sus respectivas legislaciones impositivas o tributarias. De hecho, en las distintas jurisdicciones, las tasas de amortización siguen existiendo, adecuándose a la depreciación real del equipo y sólo ha desaparecido la posibilidad de una transferencia excesiva de beneficios fiscales a un inversor pasivo.

⁶⁶ El IRS (*Internal Revenue Service*) en Estados Unidos es el equivalente a la Agencia Tributaria Española, y creó el *Revenue Procedure 75-21* para que un *leasing* fuera considerado un *leverage leasing* y así obtener beneficios fiscales de esta estructura, siendo dos de los requisitos que se deben resaltar que el arrendador debe matener un 20% como mínimo del riesgo derivado de la propiedad de la aeronave y que el arrendatario no debe tener ninguna participación en el coste de la propiedad. *Vid.* D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 191-192. Se recogen aquí todos los requisitos del *Revenue Procedure 75-21*, que siguen siendo de aplicación en Estados Unidos, aunque después ha sido sustituido por el *Revenue Procedure 75-28* y *76-30*, y posteriormente han sido reemplazados por el *Revenue Procedure 2001-28* y el *2001-29*.

⁶⁷ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 193.

⁶⁸ Aunque estas estructuras han sido cuestionadas con éxito por parte de la Unión Europea ante la Organización Mundial del Comercio, dentro de la disputa que enfrenta a Airbus y Boeing por el asunto de las ayudas recibidas de los gobiernos europeo y americano respectivamente (M.-J. CASTELLANOS RUIZ, "Contencioso Airbus-Boeing", en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*", Madrid, Colex, 2008, pp. 189-264).

33. La primera y fundamental distinción por tanto, es que todos los tipos de *leasing* se pueden clasificar dentro de dos categorías que ya se han mencionado antes, de las que derivan los otros tipos de *leasing*, y que son el *capital lease* y el *operating lease*⁶⁹. Esta clasificación es la que se va a utilizar para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable a dichos contratos.

Dentro de esta clasificación de los tipos de *leasing* desde un punto de vista financiero, es relevante realizar otra clasificación de los tipos de *leasing*. Por un lado, dentro del *capital lease*, nos encontraremos con figuras como el *leveraged lease*. Por otro lado, en la categoría del *operating lease* debe distinguirse entre el *dry lease* y el *wet lease*, que diferencia el arrendamiento de aeronaves sin tripulación o a casco desnudo, del arrendamiento con tripulación. Esta distinción es importante porque la Unión Europea también ha considerado relevante realizarla en la normativa existente para regular el transporte aéreo.

Y aunque existen otros tipos de *leasing* en otras industrias, como el objeto de este trabajo son las aeronaves, aquí se tratarán exclusivamente los tipos *leasing* de aeronaves⁷⁰.

Por lo tanto, se va a desarrollar la primera clasificación de los tipos de *leasing* y dentro de ella, se estudiará también la segunda distinción señalada de las clases de *leasing*, por ser también relevante para el presente estudio.

34. En primer lugar, se van a explicar las diferencias entre un *capital lease* y un *operating lease*, puesto que dependiendo de en cuál de los dos grandes tipos de *leasing* se encuadre, éstos serán calificados como categorías diferentes de contratos, por lo que la normativa aplicable tanto para competencia judicial internacional como para ley aplicable nos llevará a soluciones distintas, en caso de suscitarse cualquier controversia.

1. *Capital lease vs. Operating lease*

35. Un *capital lease* es un contrato por el que el arrendatario asume sustancialmente todos los riesgos y beneficios de la propiedad de la aeronave objeto del *leasing*, mientras que el arrendador recibe determinadas cantidades como pagos, con los cuales se amortiza el coste del capital del bien y además el arrendador obtiene un beneficio, que es el interés. Normalmente la duración del contrato de *leasing* se corresponde con la vida útil de la aeronave alquilada y el arrendatario habitualmente adquiere el bien como consecuencia de la opción de compra garantizada al término del contrato de *leasing* o como una opción de venta realizada por el arrendador. Un *capital lease* en principio no supone riesgos en cuanto a la propiedad para el arrendador, cuya única obligación es financiar la compra del equipamiento, pero sí que está expuesto a riesgos crediticios.

El *operating lease* cubre el resto de formas de *leasing* de equipos en el que el coste de capital del activo no está totalmente amortizado al finalizar el *leasing* y el beneficio del arrendador no deriva de las rentas obtenidas por el alquiler del equipo a un único cliente, sino a varios. Además, en un *operating lease* muy pocas veces el arrendatario adquiere el bien al finalizar el contrato de *leasing*, aunque éste incluya una opción de compra bajo determinadas circunstancias.

Hace treinta años el *operating lease* prácticamente no se utilizaba, de hecho no llegaba a suponer ni el 5% de la flota de las aerolíneas del mundo. Principalmente era utilizado por las aerolíneas de bajo coste para realizar una venta y posteriormente un “*leaseback*”, con respecto a la aeronave que ya poseían, conocido comúnmente como “*sale and leaseback*” o bien adquirirían equipo adicional porque o no lo podían financiar de otra manera que no fuera a través del *operating lease* o no estaba disponible por parte del fabricante⁷¹.

⁶⁹ D.-H. BUNKER, *The Law of Aerospace Finance in Canada*, Institute and Centre of Air and Space Law, McGill University, Montreal, 1988, pp. 33-57. En el cual se describen hasta cerca de cincuenta tipos de *leasing*.

⁷⁰ En cuanto a las distintas clasificaciones sobre el *leasing* vid. P. CANEDO ARRILLAGA, “Contratos internacionales de *leasing*”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 393-397.

⁷¹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 183.

En la actualidad esto ha cambiado y las mayores aerolíneas se están capitalizando por los beneficios financieros y la flexibilidad de su flota conseguidos gracias al *operating lease*. La nueva tendencia consiste en que las aerolíneas hacen la planificación de su flota de aeronaves de forma que por un lado, determinan el número de aeronaves que pueden comprometer su objetivo estratégico a largo plazo, financiando las compras de las mismas y por otro lado, complementan su flota con aeronaves arrendadas mediante *operating lease*. Así la aerolínea se asegura que tiene la capacidad necesaria para cubrir las demandas del mercado y además, se evita tener un balance de situación preocupante como consecuencia de un excesivo endeudamiento⁷².

Además, el *operating lease* puede ser beneficioso desde el punto de vista del arrendador como consecuencia del valor residual de la aeronave. Aunque obviamente es un riesgo para el arrendador, la clave para analizar el coste del *operating lease* consiste en entender el efecto del valor residual, lo cual puede ser bastante complicado y sobre el que no se realizará un examen detallado, aunque sí serán tratados aspectos puntuales cuando sea necesario⁷³.

36. Existen aspectos que provocan que las aerolíneas tengan que recurrir cada vez más al *operating lease*, tales como: el coste de la propiedad, el factor de riesgo asociado a una nueva tecnología, la necesidad de flexibilidad de las aerolíneas en sus flotas aéreas y la estructura de su balance de situación. Por lo tanto, una aerolínea que no dispone de capital suficiente para adquirir una aeronave y que opta por un *operating lease* no tiene derecho al valor residual de la aeronave y no puede consolidar su capital mediante la venta de los activos, para comprar posteriormente nuevas aeronaves. Así que la aerolínea debería considerar no financiar la aeronave a través de un *operating lease*, sino realizar acuerdos mediante los cuales se puede llegar a un término medio entre un *capital lease* y un *operating lease*, por el que la participación en el valor residual de la aeronaves se dividiría entre el arrendador y el arrendatario y así ambas partes se aprovecharían de la supuesta venta de la aeronave al finalizar el período del *leasing*⁷⁴.

La diferencia fundamental entre las dos categorías de *leasing* es que bajo el *operating lease* el arrendatario tiene el derecho a la posesión de propiedad de la aeronave, mientras que en un *capital lease* el arrendatario, además de la posesión, adquiere todas las responsabilidades sobre la propiedad. Este último concepto de propiedad genera multitud de problemas en Estados Unidos y Canadá. *Ad. ex.* en Norte América las transacciones denominadas como “*leases*” que son similares a las transacciones de compraventa garantizadas, requieren la aplicación de una legislación y regulación para que transacciones que efectivamente son “*leases*” de verdad, eviten las disposiciones de dicha legislación y regulación, pues no están dentro de su ámbito de aplicación.

En este sentido, en Estados Unidos y Canadá, contrariamente a las reglas tradicionales del *common law* existentes sobre los derechos del arrendador y del arrendatario, el enfoque es que cuando un *leasing* adquiere la forma de un financiación garantizada, el deudor es considerado el propietario de la aeronave, mientras que el acreedor adquiere una garantía sobre el bien, que le permite a la parte asegurada, recuperar y vender la aeronave en caso de incumplimiento por parte del arrendatario⁷⁵. En dichos países, si un contrato se firma como un “*lease*” no significa por tanto, que los tribunales vayan a considerar a la aeronave como propiedad del arrendador, sino que sólo si éstos están convencidos de que es un *operating lease* será tratado como un “*lease*” y la propiedad será del arrendador.

Es importante señalar que en caso de quiebra del arrendatario existen también diferencias entre los dos tipos de *leasing* en cuanto a la recuperación de la aeronave arrendada. Bajo un verdadero *lease*,

⁷² D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 184.

⁷³ P. LOBKOWITZ/ B. DETRICH, “Aircraft Operating Lease”, *Airfinance Journal Guide to Operating Leasing*, June 1997, p. 7.

⁷⁴ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 187.

⁷⁵ W.-B. PIELS, “Lessor benefits”, *Airfinance Journal*, Feb. 1997, p. 40. Esta idea de garantía es la que subyace detrás del concepto autónomo de garantía internacional creado por el Convenio de Ciudad del Cabo del 2001 y descrito en su art. 2, cuando se trata de un contrato de arrendamiento (Decisión del Consejo núm. 2009/370/CE, de 6 de abril de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de elementos de equipo aeronáutico, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre del 2001, DO núm. L 121, 15 mayo 2009).

el arrendador podrá recuperar la aeronave tras las notificaciones legalmente previstas en las normas procesales del Estado en cuestión. Mientras que si se trata de otro tipo de *lease*, cualquier participación en la aeronave será reembolsada al *trustee* o liquidador (síndico) de la quiebra para que puedan cobrar los acreedores, entre ellos el arrendador. Sin embargo, si la ley aplicable del Estado del que se trate requiere que la garantía que posee el arrendador sobre el bien esté registrada, pero en realidad no lo está, el arrendador puede perder la prioridad que éste hubiera tenido si lo hubiese registrado adecuadamente⁷⁶.

En los sistemas del Norte de América es obligatorio que si el activo, es decir la aeronave, es objeto en esencia de una transacción de compraventa y si el deudor que es el arrendatario adquiere una participación en dicho activo, la aeronave debe ser capitalizada en el Balance de Situación del mismo y debe ser amortizado dicho capital junto con los gastos financieros de la operación en cada período contable, independientemente de cómo las partes denominen o califiquen en definitiva, dicha transacción⁷⁷.

La determinación de si un *lease* está dentro de una u otra categoría de *leasing* es un problema permanente, tanto a nivel contable y fiscal como se ha visto, y también a nivel jurídico. En la actualidad, un importante número de aeronaves en uso no son declaradas como activos en los estados financieros de las compañías. Las aerolíneas arrendatarias consideran dichas transacciones como un *operating lease* mientras que los arrendadores las tratan como si estos "leases" fueran fundamentalmente ventas. Por esta razón, como ya se ha apuntado antes, en materia contable tanto el *FASB* en Estados Unidos, como el *IASB* a nivel internacional tienen todavía dificultades en establecer claras directrices que diferencien estos dos tipos de *leasing*, puesto que de momento no existe una normativa contable uniforme internacional que unifique los criterios que diferencien el *capital lease* o *finance lease* del *operating lease*. Lo que sí ha sido puesto de manifiesto, es que de momento los tipos de *leasing* se pueden dividir en dos, *capital lease* y *operating lease*, porque no existe ninguna normativa contable internacional establecida por ninguno de los organismos responsables de realizarlos, es decir el *FASB* y el *IASB*, que establezca otra clasificación, con las consecuencias fiscales que pueda llegar a tener otra clasificación distinta a la existente hasta el momento, y por supuesto, también a nivel contractual.

37. Estas transacciones de *leasing* de aeronaves, ya sea un *capital lease* o un *operating lease*, se reflejan en distintos tipos de contratos, formando en ocasiones grupos de contratos. En derecho anglosajón la distinción entre ambos tipos de *leasing* es importante a nivel contable y fiscal como ya se ha explicado de manera extensa. Y también, a nivel jurídico porque los contratos en los que se manifiesta dicha operación de *leasing* serán diferentes, con distintas consecuencias jurídicas dependiendo de la ley aplicable, como se ha visto en el caso concreto de la regulación del Norte de Estados Unidos en esta materia. Así como en el derecho europeo también es relevante dicha diferenciación, puesto que dependiendo de cómo se califique el contrato de *leasing*, ya sea como una compraventa, como una prestación de servicios o como un contrato mixto o complejo, la determinación de la competencia judicial y de la ley aplicable también nos llevará a soluciones diferentes en caso de litigio.

1. *Capital lease*

38. Como ya se ha dicho antes, el *capital lease* se empezó a utilizar principalmente como un modo de garantizar al fabricante o a la sociedad de *leasing*, la posesión de la titularidad de la aeronave hasta el final del contrato de *leasing*, cuando ya el arrendatario ha terminado de pagar casi la totalidad de la aeronave, siendo mucho más beneficioso que una hipoteca.

El término *capital lease* es utilizado en Estados Unidos para referirse al arrendamiento financiero en general, mientras que en otros países, como los de la Unión Europea este mismo concepto es conocido como *financial lease*, incluyendo a Inglaterra.

Dentro del *capital lease* se englobaría el *leasing* del fabricante, que se produce cuando quien

⁷⁶ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 188.

⁷⁷ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 188-189. De esta forma, es como los arrendatarios contabilizan en Derecho español, los contratos de arrendamiento financieros, siempre que no se trate de microempresas, que no es el caso porque se trata de un *leasing* sobre grandes aeronaves civiles.

financia la operación de *leasing* es, como su propio nombre indica, el fabricante⁷⁸. Sin embargo, el contrato de arrendamiento financiero, que es como se denomina al *financial lease* en Derecho español, no comprende al *leasing* del fabricante –al igual que en la mayoría de los Derechos continentales–, porque es obligatorio que intervenga una sociedad de *leasing* como intermediario financiero. Es más, en estos Estados, el *leasing* del fabricante sería equiparable a un *operating lease* porque dicho contrato de *leasing* puede llevar asociado el mantenimiento del bien⁷⁹.

A. *Leveraged lease*

39. En respuesta a la necesidad de las aerolíneas de crear una estructura que conjugara alquiler con opción a compra, en Estados Unidos se establecieron las bases de la mayoría de las formas de financiación de aeronaves y de otros equipos en todo el mundo, durante los próximos treinta años. Esta estructura resultó ser el *U.S. leveraged lease* que es utilizado en la actualidad y es la base de muchas de las estructuras de financiación de otros Estados, además de Estados Unidos, como se comprobará al analizar los tipos de *leasing*.

En la mayoría de los Estados, en un *leveraged lease*, sólo se requiere que el arrendador participe en dicha operación como mínimo con un 20% del coste de la aeronave y que mantenga dicho riesgo a lo largo de la duración del *leasing*⁸⁰. En cuanto al restante 80% del coste de la aeronave, el arrendador pedirá prestada dicha cantidad sin aportar ningún aval personal. A cambio el prestamista se asegura de que recibe el cash-flow del alquiler a través de una hipoteca realizada sobre la aeronave, que supondría la primera carga sobre la misma, además de la cesión de los flujos del alquiler de la aeronave pagadas por el arrendatario y la participación como beneficiario nominativo en cualquier seguro que se realizara sobre dicha operación. Esto implica que en caso de que el arrendatario deje de pagar las cuotas del *leasing*, el prestamista sólo puede ejercitar su garantía (la hipoteca) y perseguir al arrendatario por los impagos, pero el arrendador no está obligado a pagarle la deuda contraída a largo plazo, puesto que esta operación se realiza para compartir la transferencia de las ventajas fiscales de la misma, en la que el arrendador no responde con ningún aval personal⁸¹. Si el arrendador fuera responsable frente al prestamista, tendría que incluir dicha responsabilidad en el pasivo del balance, se incrementaría su deuda y se reflejaría en el ratio de endeudamiento, con lo cual esta transacción no sería tan atractiva para el arrendador.

El *leverage*, conocido en Europa como “*gearing*” o apalancamiento, fue creado precisamente para que el arrendador no tuviera que realizar ningún aval personal, y así aumentar sus ventajas fiscales en relación con la cantidad de dinero invertida por el arrendador. Y esto es así porque aunque el arrendador sólo aporta el 20% de la inversión en la aeronave, éste puede beneficiarse del 100% de la amortización de la misma, así como de los créditos fiscales a la inversión disponibles⁸². El retorno de la inversión para el arrendador viene como resultado de las ventajas fiscales asociadas con la propiedad de la aeronave; el valor residual del equipo al finalizar el período de duración del *leasing* por la cantidad que supere la parte no amortizada del coste de la aeronave; y el cobro de pequeñas cantidades a lo largo del período de duración del *leasing*, siempre que hubiera un exceso de renta de los cuotas de alquiler por encima del servicio de la deuda (el interés para el prestamista)⁸³.

⁷⁸ M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 55-56.

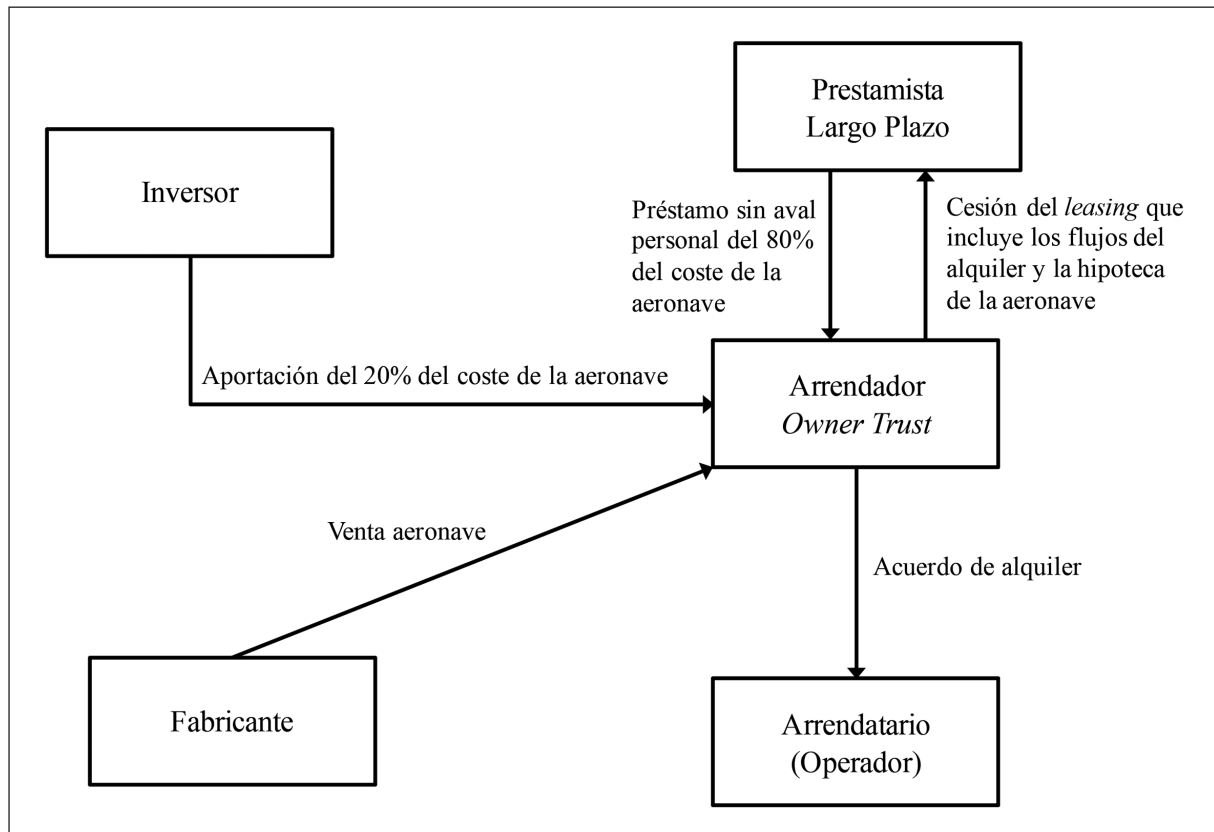
⁷⁹ M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 59.

⁸⁰ Una estructura en la que el arrendador cubre el 100% del coste de la aeronave es denominada “*single investor lease*” o lo que es lo mismo alquiler con un solo inversor.

⁸¹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 200.

⁸² Los créditos fiscales a la inversión para la adquisición de nuevas aeronaves como ya se ha visto previamente varía dentro de una misma jurisdicción, pero además puede ser distinta de una región geográfica a otra. *Vid.* D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 200-201.

⁸³ Para un estudio más detallado del *leveraged leasing* *vid.* B.-E. FRITCH & I. SHRANK, *Equipment Leasing – Leveraged Leasing*, 2ª edición, Practising Law Institute, Nueva York, 1980.

40. El esquema que se presenta recoge la estructura de un *U.S. leveraged lease* en la actualidad:**Estructura del *leveraged lease* de Estados Unidos.**

Fuente: D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 202.

Una de las características particulares del *leveraged lease* de Estados Unidos, que se añaden a las peculiaridades de esta forma de *leasing* antes señaladas, es que se realiza a través de la constitución de un *trust*, en virtud del cual el socio que aporta el 20% o más del coste de la aeronave lo realiza al *owner-trustee*. Es el *owner trustee* el que se encarga de comprar la aeronave, adquiriendo el título de la propiedad de la misma a través del *trust* para el socio capitalista (*equity participant*), el cual es el beneficiario del 100% de las ventajas fiscales, aunque su participación sea sólo de un 20%⁸⁴.

Además, el 80% del coste de la aeronave que se requiere para adquirirla, puede ser realizado o bien por un prestamista a largo plazo, como pudiera ser un banco o bien un sindicato (corporación) de prestamistas, pero siempre sin que exista ningún aval personal por parte del *owner-trustee*.

El prestamista recibe la cesión del acuerdo de *leasing*, con las implicaciones antes señaladas, pero en este caso de manos del *owner-trustee*, que es el que actúa como arrendador. Así que es el *owner-trustee* el que compra la aeronave al fabricante, si se trata de una aeronave nueva o a la aerolínea, si la aeronave es usada, y es el *owner-trustee* quien arrienda la aeronave a la aerolínea.

⁸⁴ El *trust* es una figura de origen anglosajón, propia de países como Estados Unidos, Reino Unido, Australia o Irlanda, es utilizada con mucha frecuencia para llevar a cabo operaciones de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles. El *trust* anglosajón es la relación jurídica creada por un acto *inter vivos* (*trust deed*) o *mortis causa* (*will*) por una persona, que constituye el *trust* (*settlor*), mediante el que se pone a disposición de otra persona (*trustee*) una serie de bienes o activos –controlados por esa persona–, en interés de un beneficiario (*beneficiary*) o con un fin determinado. El *trust*, que como tal no existe en Europa Continental, no siempre implica la participación de tres personas diferentes, ya sean personas físicas o jurídicas. Así, el *settlor* puede nombrarse a sí mismo como *trustee* o como *beneficiary*, y pueden existir varios *trustees* o varios *beneficiaries*, como es el caso del modelo planteado de *leveraged lease*. En este sentido, en torno al *leasing* de aeronaves se constituyen *trust* con el objetivo de crear y administrar el patrimonio –formado por aeronaves–, con el fin último de obtener rentabilidad fiscal (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 1054-1055).

Los pagos del *leasing* realizados por el arrendatario al arrendador son distribuidos entre el prestamista a largo plazo, con el objetivo de cubrir los intereses y la amortización del coste de la aeronave, y el socio capitalista, siguiendo un programa estructurado establecido previamente. Esto se debe realizar así, para que el socio capitalista conserve el riesgo del 20% del coste no amortizado de la aeronave, a lo largo de todo el período de *leasing*. Si no se mantiene este porcentaje, la autoridad fiscal, podría clasificar el *leasing* como una venta condicionada, por lo que el socio capitalista perdería los derechos a las ventajas de la depreciación del bien como consecuencia del *leasing* y sufriría todas las penalizaciones derivadas de este cambio de clasificación de dicha operación comercial.

Por último, el acuerdo de alquiler generalmente contiene una opción de compra en favor del arrendatario por un valor que corresponderá al importe que sea el mayor entre la cantidad no amortizada del coste de la aeronave al finalizar el *leasing* y el valor razonable de mercado⁸⁵.

41. Dentro del *leveraged lease* de Estados Unidos, se debe destacar una estructura denominada *Pickle Lease*, un poco más compleja, que surgió en respuesta a una legislación más restrictiva, desarrollada para acabar con los beneficios fiscales del *leasing* internacional en Estados Unidos.

Hasta 1984 no existían diferencias dentro de la legislación fiscal de Estados Unidos en cuanto a las operaciones de *leasing* entre los arrendatarios que estaban sujetos a tributar en Estados Unidos, y los arrendatarios extranjeros y otros arrendatarios que no estaban obligados a tributar. Por lo tanto, las operaciones internacionales de *leveraged lease* estadounidenses supusieron una gran ventaja para las aerolíneas extranjeras que se encontraban con reducciones importantes en los impuestos a través del *leasing*; pero por otro lado, suponía una importante salida de dinero en la Tesorería de Estados Unidos.

Así que en 1984, el J. J. Pickle, congresista estadounidense, y el senador Bob Dole, cambiaron la legislación tributaria de Estados Unidos para restringir la depreciación cuando se trataba de propiedades utilizadas por entidades exentas de pagar impuestos, incluyendo empresas extranjeras no sujetas a la tributación federal estadounidense⁸⁶. En base a estas nuevas disposiciones, los activos alquilados a una empresa exenta de pagar impuestos tenían que ser amortizados a una tasa constante sobre el período más largo de la vida útil según la clasificación establecida legalmente, es decir el 80% de la vida útil en el caso de las aeronaves, frente a la amortización acelerada; y la depreciación se tenía que realizar sobre el 125% de la duración del período de *leasing*, en lugar de sobre el 100%, como se venía haciendo hasta el momento⁸⁷.

Esta nueva legislación supuso un control para los *leasing* internacionales estadounidenses, pues reducía el coeficiente bajo el cual los arrendadores estadounidenses podían amortizar los activos que eran alquilados a las aerolíneas extranjeras, las cuales estaban exentas de pagar impuestos. Las disposiciones elaboradas por el congresista Pickle reducían los beneficios fiscales de las amortizaciones casi a cero, así que las partes interesadas y sus asesores desarrollaron nuevas estructuras de *leasing* para solucionar este problema, por lo que surgió el denominado *Pickle Lease*, a través del cual se conseguía mejorar los beneficios como consecuencia de la amortización del bien para el arrendador⁸⁸. No se va a tratar en profundidad esta estructura, porque en el año 1996 las autoridades fiscales norteamericanas realizaron nuevos cambios que provocaron que las operaciones de *leasing* a través de esta estructura dejasen de interesar económicamente, y por lo tanto, de utilizarse como modo de financiación de las aeronaves. Sin embargo, el recurso al *leveraged lease* sí que está muy extendido tanto en Estados Unidos como en Europa, como forma de financiación de las aeronaves, a pesar de que se han ido modificando las legislaciones, especialmente en Estados Unidos, para que se reduzcan las ventajas fiscales derivadas de la amortización de las aeronaves.

⁸⁵ Para un análisis de más profundo del *U.S. leveraged lease* vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 202-204.

⁸⁶ Las entidades que están exentas de pagar impuestos se caracterizan por incluir a todas las personas y empresas extranjeras, a menos que el 50% de sus ingresos estén sujetos al régimen fiscal federal estadounidense. La mayoría de los arrendatarios que usan activos fuera de Estados Unidos en un negocio que efectivamente no está conectado con un comercio o negocio estadounidense, son clasificados como entidades exentas de pagar impuestos a estos efectos (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 204).

⁸⁷ Esta disposición también era conocida como enmienda "*Pickle-Dole*".

⁸⁸ Para un análisis en detalle del funcionamiento del *Pickle Lease* vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 204-207.

B. *United States Foreign Sales Corporation Leases*

42. Las *United States Foreign Sales Corporation (FSC)* eran corporaciones domiciliadas fuera de los Estados Unidos con el objetivo de facilitar las exportaciones desde Estados Unidos. Sus ventajas provenían de los beneficios fiscales que obtenían estas sociedades bajo las leyes fiscales estadounidenses, y que fluían hacia sus sociedades matrices norteamericanas y últimamente, en parte, hacia arrendatarios extranjeros de aeronaves.

Las *FSCs* son las sucesoras de las *Domestic International Sales Corporation (DISCs)* que se crearon en Estados Unidos en 1971 para estimular las exportaciones. Las *DISCs* eran empresas nacionales que aplazaban el pago de impuestos de los beneficios a las exportaciones. En el caso de Boeing, cuando éste tenía que entregar aeronaves a una aerolínea extranjera, el fabricante norteamericano cedía el acuerdo de compra principal a una *DISC*, es decir, a *Boeing International Sales Corporation* constituida en Delaware. La *DISC* entregaba las facturas de compra a la aerolínea compradora, pero Boeing como fabricante tenía todas las obligaciones respecto al comprador, tales como las garantías, de tal manera que el comprador no se veía perjudicado por la cesión. Como la *DISC* no pagaba impuestos hasta que no se distribuyesen los beneficios de esa operación, Boeing podía usar esos fondos libres de intereses, que de cualquier otra manera hubiera tenido que pagar. Sin embargo, algunos Estados firmantes del GATT consideraban que se estaban dando subsidios ilegales a la exportación a través de las *DISCs*, así que en 1984 se elaboró una nueva legislación en la que se creaban las *FSCs*, a través de las cuales se diseñaba un sistema impositivo para las exportaciones, que sí que cumplía con los requisitos del GATT⁸⁹. En el año 2000, en Estados Unidos, las operaciones de *leasing* a través de las *FSCs* se convirtieron en la principal forma de financiar aeronaves y de obtener ventajas fiscales.

En consecuencia, la Comisión Europea, defendiendo los intereses de Airbus y Fokker (fabricante de motores), denunció ante la OMC (Organización Mundial del Comercio) los beneficios que proporcionaban las *FSCs* a los fabricantes de Estados Unidos⁹⁰. Mientras que las Agencias de Crédito a la Exportación (*Exportation Credit Agencies-ECAs*) de Estados Unidos y de Europa proporcionaban un apoyo similar a Boeing y Airbus respectivamente, era bastante evidente que no existía una forma de financiación similar a las *FSC* en el caso de Airbus. Así que en Noviembre del 2000, cediendo a las presiones de los europeos ante la OMC, los Estados Unidos promulgaron una legislación que reemplazaba las *FSCs* por una nueva versión denominada *Extraterritorial Income (ETI)*, a través de las cuales llevar a cabo los *leasing*.

La nueva legislación recogía de forma similar las disposiciones de las *FSCs* con modificaciones en aquellas partes que la OMC consideraba que eran subsidios a la exportación⁹¹. Sin embargo, esto tampoco satisfizo a la Comisión, que presentó otra denuncia ante la OMC en Septiembre del 2001 y aunque Estados Unidos apeló ante la OMC, fue rechazada en Enero de 2002. Finalmente, las estructuras conocidas como *ETIs* fueron derogadas como consecuencia de las presiones de la OMC -como había sucedido con las *FSCs*-, por el Congreso de Estados Unidos en octubre del 2004, a través de la legislación fiscal federal conocida como *American Jobs Creation Act of 2004*. No obstante, la mayoría de las aerolíneas e inversores fueron prudentes y evitaron realizar transacciones a través de las *ETIs*, por las posibles indemnizaciones derivadas de los cambios en la ley que no suponían derechos adquiridos, y no resultar así perjudicados, en el caso de que el Congreso estadounidense derogase la legislación de las *ETIs* -cumpliéndose al final las previsiones de aerolíneas e inversores-⁹².

⁸⁹ El GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), también llamado Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio fue firmado en 1947 por veintitrés países y fue creado con el objetivo de favorecer el libre comercio. En 1995, el GATT se transformó en la OMC (Organización Mundial del Comercio), también conocida como WTO (*World Trade Organization*), que es la que sigue operando en la actualidad y que ha seguido trabajando en estos aspectos a través de reuniones de negociaciones entre los países, conocidas como Rondas. La página de la WTO está disponible en línea en <https://www.wto.org> (consultado el 5 de junio de 2016).

⁹⁰ I. VERCHÈRE, "Airbus Challenges U.S. FSC leasing", *Aircraft Leasing*, Aug./Sept. 1992, p. 4.

⁹¹ R. CROWLEY, "Proceed with caution", *Airfinance Journal*, Jun. 2001, p. 38.

⁹² Cuando la legislación de las *FSCs* fue derogada, el Congreso estableció que cualquier transacción llevada a cabo por *FSCs* antes de Noviembre de 2000 estaría protegida por los derechos adquiridos antes de que expirasen. Sin embargo, no se podía decir lo mismo en cuanto a las *ETIs*, pues lo anterior no estaba asegurado, ya que las normas que las regulaban podían

43. Como las *ETIs* son similares a las *FSCs* y existen muy pocas transacciones que involucren a las *ETIs* en la industria aeronáutica, se van a analizar las *FSCs*, porque además los derechos adquiridos con dichas estructuras siguen teniendo efectos en la actualidad⁹³.

Para poder utilizar una *FSC* como una estructura de *leasing*, el activo debe ser calificado como una propiedad para la exportación y estar localizado fuera de Estados Unidos durante más del 50% del tiempo o más del 50% de las millas de la aeronave deben haberse realizado fuera de Estados Unidos⁹⁴. De la misma manera, que para que una corporación sea calificada como una *FSC* se deben cumplir una serie de criterios, entre lo que se pueden citar: que dicha empresa sea creada, organizada o cuya posesión sea de Estados Unidos o de un país extranjero, que no pueden tener más de veinticinco accionistas, mantener una oficina fuera de Estados Unidos (incluidos registros y libros de contabilidad); y una localización dentro de Estados Unidos, con ciertos registros necesarios para la determinación del tipo impositivo en Estados Unidos que debía pagar dicha *FSC*⁹⁵.

Había dos estructuras de *leasing* disponibles para ser utilizadas a través de las *FSCs*, que fundamentalmente se podían clasificar como *leveraged leases*, como consecuencia de los beneficios fiscales que se podían obtener de las *FSCs* bajo el derecho tributario de Estados Unidos. Estas dos estructuras eran por un lado las *Commission-FSCs* (*C-FSCs*) y por otro lado, las *Ownership-FSCs* (*O-FSCs*), que eran diferentes tanto por las consecuencias fiscales de una y otra, como por la complejidad derivada de que el objeto del *leasing* eran las aeronaves.

Cuando se trataba de una aeronave que iba a ser alquilada a una aerolínea de Estados Unidos se debía utilizar una estructura *C-FSC*, pero si se iba a realizar un *leasing* a una aerolínea extranjera entonces se debía recurrir a una *O-FSC*. La razón económica para utilizar una *C-FSC* en una operación de *leasing* cuando se trataba de una aerolínea nacional estadounidense era porque el valor actual neto de los impuestos ahorrados como consecuencia de las deducciones por depreciación a una tasa impositiva del 34%, en contraposición al 23,8% atribuible a una *O-FSC*, era mayor que el valor actual neto de los impuestos ahorrados generados por la aplicación de la tasa impositiva más baja de las *O-FSC* a la renta neta obtenida por el *leasing*. Mientras que, cuando se trataba de una operación de *leasing* en la que intervenía una empresa extranjera, la depreciación era mucho más baja y el interés deducido se quedaba fuera de la *FSC*, por lo que cualquier corporación prefería la aplicación de una tasa impositiva del 23,8% a la renta neta por el *leasing*, bajo la forma de una *O-FSC* en vez de utilizar una estructura *C-FSC*⁹⁶.

Aunque se van a estudiar las dos, se estudiará en profundidad las *O-FSC* por tratarse de estructuras destinadas a operaciones de *leasing* internacional.

44. *Commission FSC (C-FSC)*. En una *C-FSC*, la sociedad matriz estadounidense u otra filial de la *FSC* que es la propietaria de la aeronave, es la que se beneficia de la depreciación del bien. Esta empresa arrendadora pagaba a la *FSC* una parte de la renta anual neta imponible derivada de las cuotas del *leasing* de la aeronave, como una comisión por su papel en el acuerdo de la operación de *leasing* y un porcentaje de esta comisión estaba exenta de los tributos federales estadounidenses. Pero durante los primeros años del *leasing*, como la empresa arrendadora tenía pérdidas por dicha operación, dicha comisión no se pagaba. Cuando ya se había realizado la amortización de la aeronave, entonces ya se podían pagar impuestos por el *leasing* y se comenzaba a pagar la comisión antes mencionada⁹⁷. Esta comisión

cambiar atendiendo a las presiones realizadas por la Comisión Europea, como efectivamente sucedió a finales del 2004 (S. JOSSELSOON, "End of the Line for the ETI", *Airfinance Journal*, feb. 2002, p. 23).

⁹³ Para conocer en detalle los efectos de este tipo de corporaciones, entre ellos los beneficios fiscales que perciben, hasta el momento actual *vid.* "Form 1120 FSC, U.S. Income Tax Return of a Foreign Sales Corporation", disponible en línea en <http://www.irs.gov/uac/Form-1120-FSC,-U.S.-Income-Tax-Return-of-a-Foreign-Sales-Corporation> (consultado el 5 de junio de 2016).

⁹⁴ Tal y como se establecía en la Sección 927(a)(1) del *United States Internal Revenue Code*, que es la legislación que establece el régimen tributario y la última actualización corresponde al año 1986 (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 210).

⁹⁵ Todos los requisitos necesarios para que una corporación sea considerada una *FSC* están en la Sección 922(a)(1) del *United States Internal Revenue Code* (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 210-211).

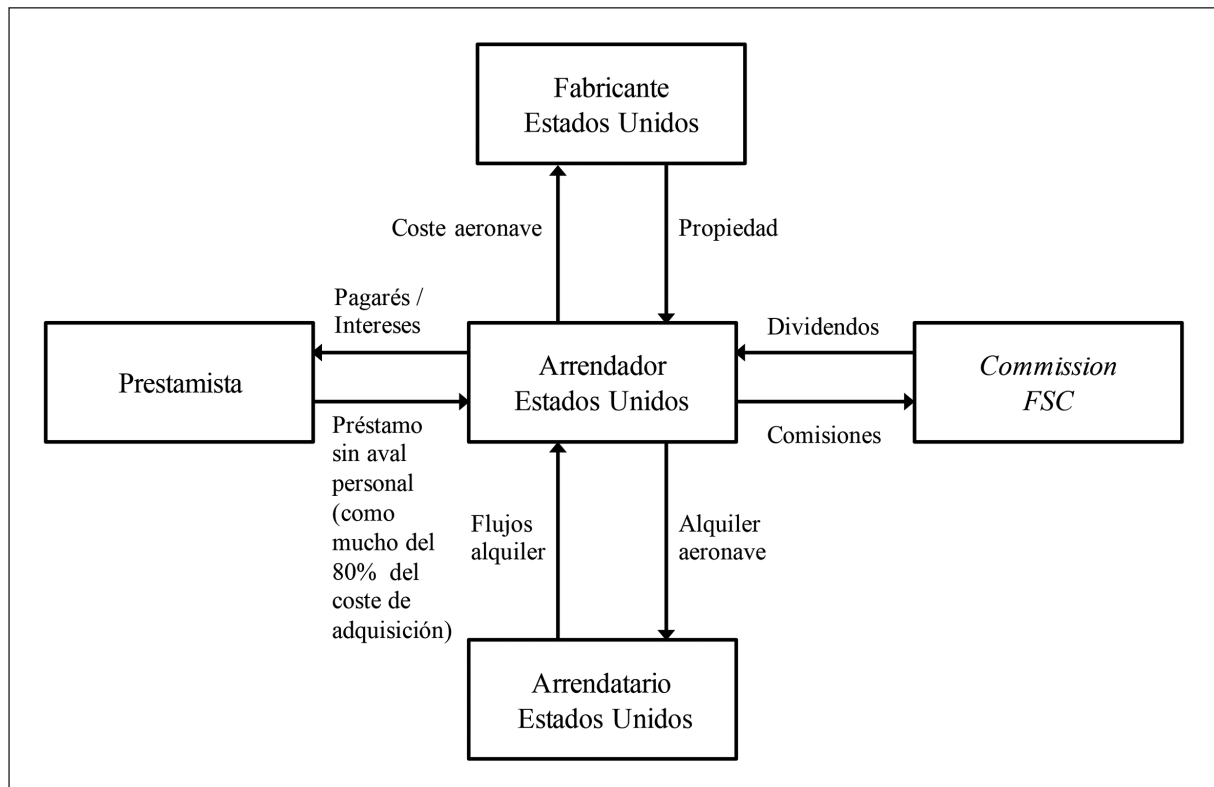
⁹⁶ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 211.

⁹⁷ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 212.

suponía el 23% de la renta neta imponible de la transacción por cada año, pero la *FSC* no tenía que pagar impuestos en relación con el 15% de dicho importe⁹⁸. Además, la comisión era devuelta a la sociedad matriz en forma de dividendos, que estaban exentos de tributación.

El impacto económico de este mecanismo de la comisión era que la tasa impositiva federal se veía reducida del 34% al 28,9%, una vez que sobre el *leasing* se empezaban a pagar impuestos.

45. A continuación, se presenta el esquema de la estructura *C-FSC*:



Estructura de la *CommissionFSC* (C-FSC) de Estados Unidos.

Fuente: D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 213.

46. **Ownership FSC (O-FSC).** Cuando se trataba de *leasing* de aeronaves para aerolíneas extranjeras, en general, resultaba más económico utilizar una estructura *O-FSC*. En estas estructuras, es la *FSC* la propietaria de la aeronave, y no la empresa estadounidense que realiza la aportación principal de recursos, como ocurría con las *C-FSC*. Bajo estas estructuras, aunque la *FSC* no se beneficiaba del mecanismo de la comisión propio de las *C-FSC*, el 30% de la renta neta imponible de la *O-FSC* estaba exenta de pagar impuestos en Estados Unidos.

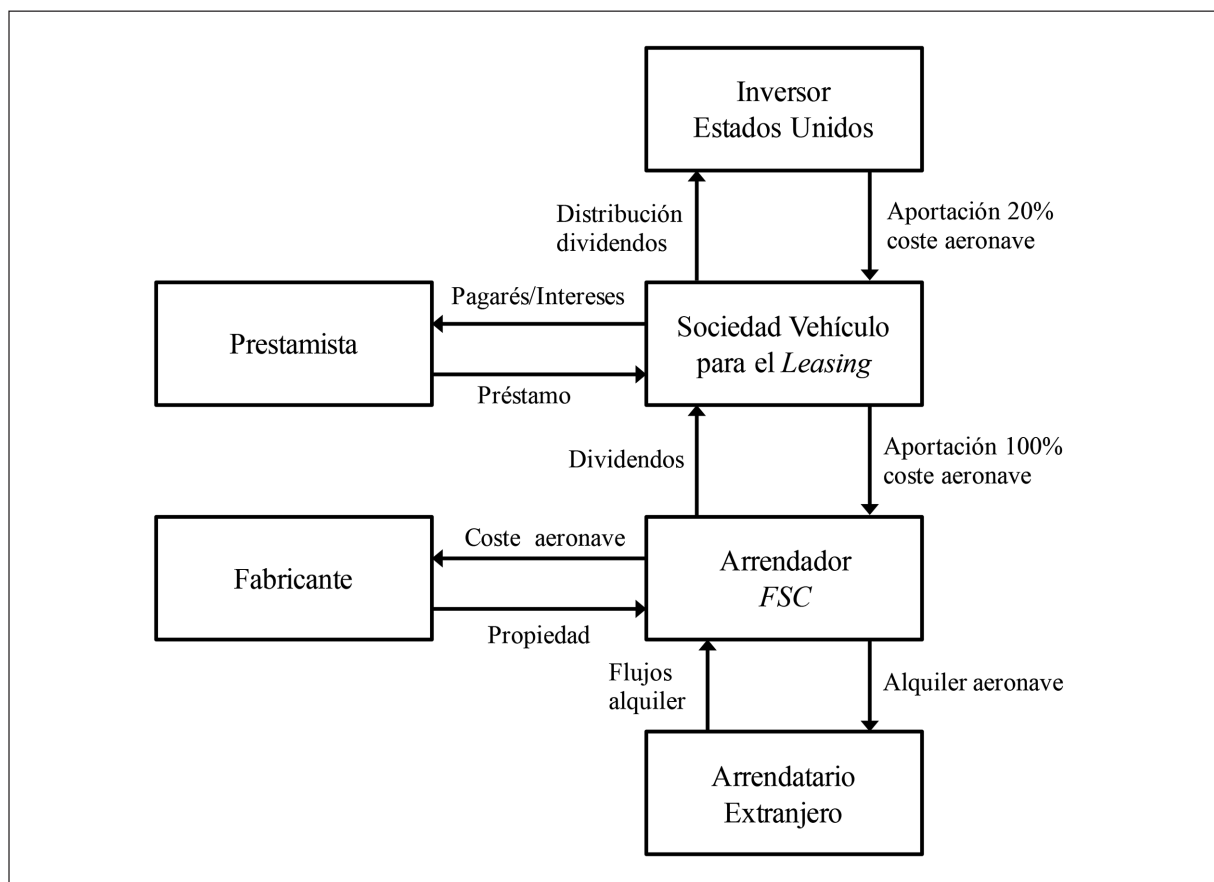
Económicamente, esto se reflejaba en que la tasa impositiva marginal aplicable a la renta imponible neta era del 23,8% para las *O-FSC*, frente a la tasa federal genérica del 34%. Este 30% de reducción de la tasa impositiva, hacía de las *O-FSC* una forma de financiación diferente para las aerolíneas extranjeras. En este sentido, las otras alternativas como era el *Pickle Lease*, no resultaban ser tan atractivas, pues la amortización se tenía que realizar a una tasa constante durante 12 años o la duración del *leasing* tenía que ser del 125%, cuando se trataba de activos situados en el extranjero.

47. Esta estructura en principio tan ventajosa, planteaba dos problemas. El primero se trataba de que era complicado para los economistas de la *O-FSC* por un lado, identificar los gastos que no eran

⁹⁸ El importe de la comisión se determinaba aplicando unas reglas de transferencia de precios establecidas en la Sección 925 del *United States Internal Revenue Code*, antes mencionado (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 212).

atribuibles a la *FSC*, a los cuales se les aplicaba la tasa impositiva marginal máxima; y por otro lado, minimizar los gastos asignados a la *FSC*, a los que se les aplicaba la tasa impositiva marginal más baja, *ad. ex.* si el *leasing* se realizaba a través de un préstamo, era obligatorio que a los intereses se les aplicara la tasa impositiva más alta. Con lo cual, se introducía un riesgo impositivo para el arrendador, así como problemas de contabilidad si las actividades de la *FSC* no eran calificadas como tales y los gastos asociados no se podían beneficiar de una tasa marginal impositiva más baja.

El segundo problema de estas estructuras estaba relacionado con la deuda. Como resultado de la estructura impositiva del *leasing*, el prestamista de la *O-FSC* no podía obtener un interés garantizado sobre la aeronave que estaba siendo financiada, como por ejemplo a través de un aval. Por lo que, sólo las aerolíneas importantes podían participar en las *O-FSCs*, ya que los prestamistas no querían añadir mayores riesgos crediticios a estas estructuras que ya de por sí eran arriesgadas en su concepción. A continuación, se muestra la estructura típica de una *O-FSC*, para comprender mejor su funcionamiento⁹⁹.



Estructura de la *ownership fsc (o-fsc)* de Estados Unidos.

Fuente: D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 215.

C. *Japanese Leveraged Lease*

48. Los tipos de *leasing* conocidos como *Japanese Leveraged Leases (JLL)* son los sucesores de los no menos conocidos, pero de corta vida, *Samurai leases* y *Shogun leases*, que por los años 80 se convirtieron en un forma muy común de financiación de aeronaves dentro de la industria aeronáutica¹⁰⁰.

⁹⁹ Para entender el funcionamiento de las *FSCs* y sus estructuras de *leasing* vid. N.-J. BLOCK ET. AL., "Aircraft Leasing and Foreign Sales Corporation Benefits", *The FSC/DISC Tax Association, Inc., Conference on Structuring Export Lease Finance Transactions Using FSCs*, Nueva York, Oct. 1990; I. VERCHÈRE, "Airbus Challenges U.S. FSC leasing", *Aircraft Leasing*, Aug./Sept. 1992, p. 4.

¹⁰⁰ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 216.

Los japoneses desarrollaron el *Samurai lease* como un programa destinado a financiar la compra de activos extranjeros, entre ellos las aeronaves, para reducir el superávit en su balanza comercial y de pagos con otras naciones, en especial con Estados Unidos, pero sin tener que inundar a la vez su propio mercado con bienes extranjeros¹⁰¹. Se dieron cuenta de que bajo las reglas del comercio internacional, podían comprar aeronaves que eran calificadas como importaciones en su balanza comercial, sin tener que atravesar realmente la frontera japonesa. Por esta razón surgió este sistema mediante el cual, las compañías de *leasing* japonesas pedían prestados fondos a *Japanese Exim Bank* a un tipo de interés fijo y bajo, para comprar aeronaves fabricadas en el extranjero, que a su vez eran alquiladas durante diez años a aerolíneas extranjeras.

Pero este programa no estaba disponible para las aerolíneas estadounidenses, en caso de que la compra de la aeronave no podiera ser calificada como exportación desde Estados Unidos o de importación hacia Japón, lo cual se producía cuando la aeronave se quedaba en Estados Unidos. Por lo que Estados Unidos presionó para que el programa terminara, al considerar que se trataba de una financiación a un coste bajo para las aerolíneas internacionales competidoras de las estadounidenses, lo que llevaba a una competencia desleal. Así que en mayo 1979 dicho programa finalizó.

Sin embargo, el *Shogun leases*, cuya duración también fue corta, concretamente entre los años 1981 y 1983, vino a sustituir al *Samurai lease*. En este caso el gobierno japonés no daba subsidios como en el *Samurai lease*, sino que ofrecía ventajas si las actividades comerciales se realizaban en yenes, por las rentas generadas a las aerolíneas en sus rutas por Japón. Así que otras aerolíneas fueron atraídas por el bajo coste de la financiación, a pesar de los riesgos del tipo de cambio. Entre ellas estaban Pacific Southwest Airlines, Aerolíneas Argentinas, Trinidad y Tobago Airways, Varig, American Airlines y TWA.

Pero el hecho de que el diferencial entre los costes de financiación entre el yen y el dólar comenzase a descender, unido a que las condiciones financieras de las principales aerolíneas del mundo estaban empeorando susceptiblemente, llevó a la desaparición de los *Shogun leases*.

49. Sin embargo, el gobierno japonés no quería renunciar a lograr reducir el superávit comercial internacional, mediante el *leasing* de los bienes de equipo, como eran las aeronaves. Por lo que surgieron las estructuras conocidas como *Japanese Leveraged Lease (JLL)*, que se podían realizar sobre todos los bienes de equipo, que fuesen susceptibles de amortización a efectos fiscales. La estructura de los *JLL* permitió a los inversores japoneses actuar como arrendadores formando un grupo denominado *Tokumei Kumiai (TK)*, para diferir sus impuestos sobre la renta, a través de la depreciación del 100% del coste de los activos para los coeficientes propuestos de amortización¹⁰². Los beneficios diferidos eran compartidos con la aerolínea arrendataria, ya que los alquileres que tenían que soportar eran más bajos. Dichos beneficios, si los expresamos en términos del valor actual neto -calculado como ya se ha visto-, aplicando un factor de descuento a las rentas futuras utilizando para ello la tasa de interés implícita del *leasing*, y en comparación con el coste original del bien, nos da como resultado entre un 12% y un 14% atribuibles al *JLL*, frente al 7% u 8% que se obtenía en condiciones normales en la industria aeronáutica¹⁰³.

Sin embargo, para que una estructura fuera considerada un *JLL* y beneficiarse de la misma tenía que cumplir un conjunto de reglas fijadas por la Administración Fiscal Nacional Japonesa (*Japanese National Tax Administration – NTA*), que entre otras muchas cosas establecía que la inversión en capital tenía que ser de al menos el 20% del coste original de los bienes de equipo, que la aportación del capital tenía que ser realizada completamente antes de la entrega de estos bienes o que el año de finalización de la inversión de los inversores japoneses en el *TK* tenía que ser el mismo que el de la terminación del *leasing*¹⁰⁴. La duración de la operación llevada a cabo a través de un *JLL* solía durar entre 10 y 12 años como máximo¹⁰⁵.

¹⁰¹ Esto se produjo porque en esa época hubo presiones por parte de la comunidad de comercio internacional para que Japón redujera su desequilibrio comercial (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 216).

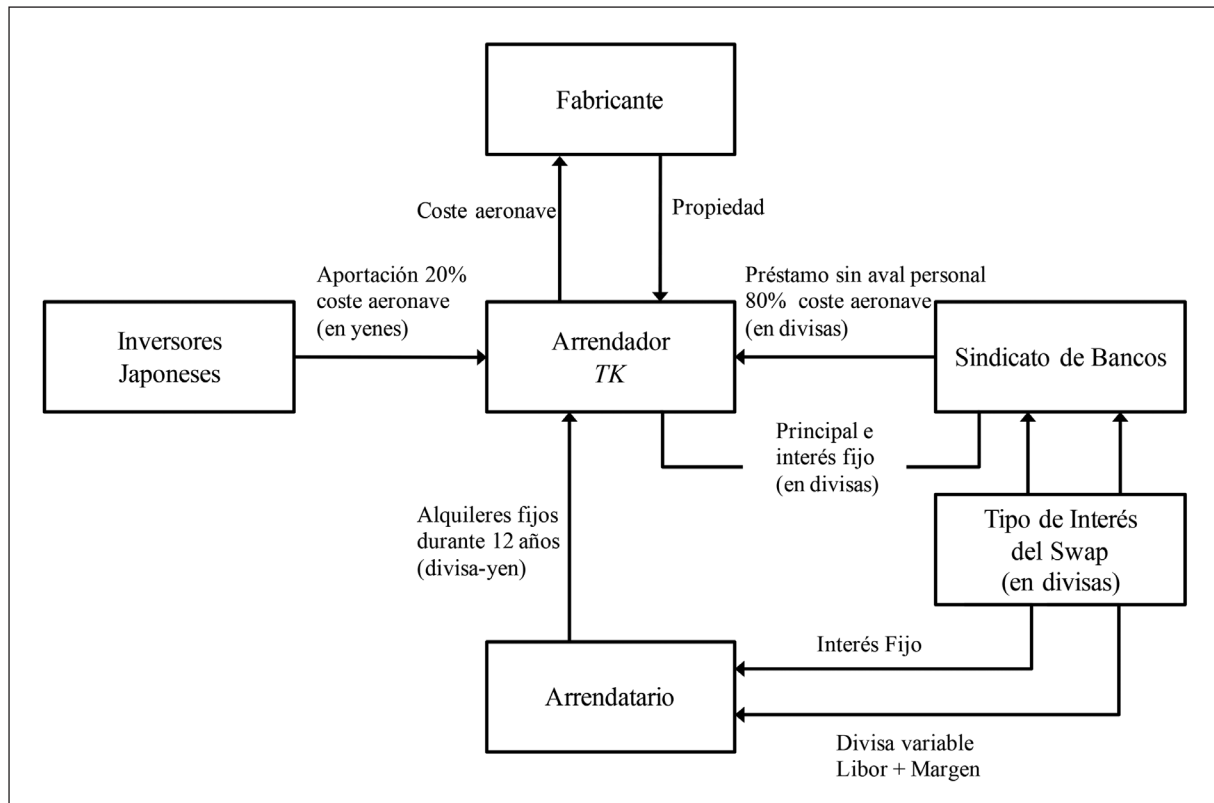
¹⁰² D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 2167.

¹⁰³ R. GRONDINE/ H. HIROSE, "The Story So Far", *Airfinance Journal*, Nov. 1998, p. 34.

¹⁰⁴ Para ver un análisis detallado de los requisitos establecidos por el *NTA* Vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 218.

¹⁰⁵ J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, p. 262.

A continuación, se muestra el esquema simple de la estructura típica de un *JLL*.



Estructura del *japanese leveraged lease*

Fuente: D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 219.

50. Sin embargo, las estructuras se complicaron por una innumerable lista de variables, tales como cambios en las reglas de la *NTA*, diferencias en las divisas, tipos de préstamos variables o fijos, impuestos sobre el capital, impuestos sobre las ventas o los apoyos de los gobiernos a los fabricantes, entre otros muchos¹⁰⁶.

Aunque el valor de las aeronaves que fueron financiadas a través de *JLL* desde el año 1992 llegó a ser de miles de millones de dólares, el modo de invertir de los inversores japoneses comenzó a cambiar. Cuando la economía japonesa estalló, los tipos de interés del yen comenzaron a caer y el aplazamiento de los impuestos para los japoneses interesados en invertir comenzó a ser cada vez menor. Finalmente, en octubre de 1998, el gobierno japonés provocó el descenso en la utilización de los *leveraged lease* para transacciones internacionales, al cambiar el método de amortización, cuando se trataba de bienes adquiridos bajo un contrato de *capital lease* que iba a ser utilizado fuera de Japón por una empresa no residente¹⁰⁷. Sin embargo, el *JLL* ha continuado de manera limitada dentro de Japón.

D. German Leveraged Lease

51. El *German Leveraged Lease (GLL)* se ha venido utilizando para financiar o bien a las aerolíneas alemanas o a aeronaves de fabricación alemana o europea y ofrece la oportunidad a inversores privados, frente a las corporaciones, de diferir el pago de sus impuestos en inversiones mobiliarias e

¹⁰⁶ Para verificar la complejidad que pueden adoptar estas estructuras de *leasing* en relación con una aeronave, en la que el arrendatario era una aerolínea canadiense *vid.* D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 219-221.

¹⁰⁷ En concreto, el método de amortización aplicable para los acuerdos de *leasing* realizados a partir del 1 de octubre de 1998 era el método lineal o constante.

inmobiliarias, en este caso en aeronaves. Normalmente estos inversores eran entes privados con rentas muy elevadas como los *freelance*, que podían invertir sus excesos de renta en una sociedad, que adquiere aeronaves, y que a su vez los arrienda a terceros, de forma que los inversores privados recuperan la inversión más la plusvalía al cabo de los años¹⁰⁸.

52. La estructura partía de la creación de una sociedad limitada alemana, en la que participaban inversores individuales que aportaban entre 50.000 y 100.000 marcos alemanes cada uno. Esta sociedad arrendadora adquiriría la aeronave o bien de la aerolínea (*leasing* de retorno o también llamado *Sale and Leaseback* que se verá posteriormente) o del fabricante a través de un contrato de compraventa. La compra de la aeronave era financiada entre un 20% y un 50%, o en algunos casos más, por un préstamo conseguido que se devuelve mediante la venta de los flujos de renta del *leasing*, de forma que dicho prestamista, como puede ser un banco, no puede reclamar esa cantidad financiada al arrendador en el caso de que el arrendatario dejase de pagar¹⁰⁹. Como en la mayoría de las estructuras del tipo *leveraged lease*, el arrendador tenía que ser el propietario de la aeronave, para que pudiese llevar a cabo la depreciación de dicho bien y por lo tanto, la duración del *leasing* no podía exceder del 90% de la vida útil de la aeronave.

En un principio, como propietario de la aeronave, el arrendador también tenía que participar en el valor residual de la aeronave al finalizar el período de *leasing*, mientras que el arrendatario tenía que estar seguro de poder comprar la aeronave. Normalmente en la mayoría de estas transacciones, aunque no siempre, se llegaba al acuerdo de que el arrendador iba a recibir por parte del arrendatario –cuando realizaba su ejercicio de opción de compra– aproximadamente el 25% del exceso del valor de mercado de la aeronave sobre los costes amortizados del arrendador, mientras que el arrendatario estaba obligado a cubrir cualquier déficit cuando los beneficios de la venta de la aeronave estuviesen por debajo de los costes amortizados del arrendador¹¹⁰.

53. Al igual que ocurrió con los *JLL*, cuando se modificaron las leyes tributarias alemanas los *GLL* dejaron de resultar tan atractivos a finales de los años 90. Sin embargo, durante un breve período, en diciembre del 2001, se volvió a recurrir a esta forma de *leasing*, pero con variaciones para evitar las restricciones de las nuevas disposiciones alemanas, siendo este el caso de Air Canada, que financió la adquisición de tres aviones Airbus A321¹¹¹. Esta transacción se llevó a cabo teniendo en cuenta que con las nuevas regulaciones tributarias alemanas se transfería más riesgo a los inversores, algo con lo que no estaban de acuerdo todos los inversores, así que la nueva estructura del *GLL* rápidamente desapareció¹¹². La disminución del uso de los *JLL* y de estas últimas estructuras de *GLL*, hizo que se redujera el *leasing* internacional a gran escala a nivel mundial.

54. Para entender mejor los *GLL*, se va a explicar la operación que llevó a cabo Iberia en el año 2000 para la renovación de su flota en los cinco años siguientes y que se estimaba en un valor de 3.600 millones de euros. Se trataba de la adquisición de dos aviones Airbus A340 y decidieron financiarla a través de un *GLL* para aprovechar las ventajas fiscales que ofrecía a los inversores privados, que a su vez cedían parte de su beneficio y así Iberia tenía que desembolsar menos capital para adquirir las aeronaves¹¹³. Se pasan a desglosar los detalles de la operación, dividiéndose en varias fases para que se comprenda mejor, dada la complejidad de la operación, sin que ello implique que no haya simultaneidad en el tiempo en algunas fases, aunque no coincide exactamente con la estructura originaria del *GLL*.

¹⁰⁸ J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, p. 262.

¹⁰⁹ Como ya se ha visto antes en otros tipos de *leasing*, se trataría de un préstamo que no está garantizado por ningún aval personal, de forma que no aparece en el balance de situación del arrendador, como deuda en el pasivo y no se incrementa su ratio de endeudamiento.

¹¹⁰ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 224.

¹¹¹ Para conocer las características de esta operación de *leasing* vid. A. METHA, *International Taxation of Cross-Border Leasing Income*, IBFD (International Bureau of Fiscal Documentation), the Netherlands, 2005, pp. 115-117.

¹¹² “Cathay Struggles to get Lease Equity”, *Airfinance Journal*, Dec. 2001, p. 8. Sin embargo, estas nuevas estructuras de *GLL* seguían conservando las ventajas fiscales de las estructuras originarias de *GLL*.

¹¹³ J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, pp. 263-265.

HFS Leasingfonds GmH & Co es la compañía alemana creada por Hypobank (banco de inversores alemanes) que sirve de vehículo para los inversores privados alemanes, denominada con las siglas *KG*, de aquí en adelante y que es el arrendador¹¹⁴. Pues bien, esta sociedad es la que compra la aeronave a Airbus, por lo que es la propietaria del avión durante la operación de financiación. Los fondos de la *KG* para comprar el avión provienen en un 55,61 % de un préstamo concedido por el banco alemán Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), en un 28,64% de los inversores alemanes y en 15,75% de un préstamo que concede Iberbus a los inversores alemanes y que como se puede comprobar en la estructura realizada a continuación se ha denominado depósito C. Por lo tanto, para la compra de la aeronave el arrendador, la *KG*, obtiene los fondos en un 44,39% de los inversores alemanes, aunque el 15,75% proceda de manera indirecta de un préstamo realizado por Iberbus a dichos inversores –esto es el depósito C–, y en un 55,61% de un préstamo del banco alemán KfW. Dicho préstamo es repagado el mismo día de su concesión a través de la venta de las futuras rentas del *capital lease*. (Vid. FASE 1 en la estructura del *GLL*).

Por otro lado, Iberbus –que ha sido mencionada arriba– en realidad es denominada Iberbus Ltd., que es una compañía irlandesa creada para servir de vehículo a la operación de *GLL*, siendo sus accionistas en un 40%, la aerolínea Iberia y en un 60%, el fabricante Airbus. Las aportaciones de capital de ambos socios suponen un 27% de los fondos necesarios para adquirir el avión, mientras que el restante 73% es cubierto por un préstamo del Banco Europeo de Inversiones (BEI). Por otra parte, el importe de dicho préstamo es avalado por los bancos garantes con el objetivo de asegurar la devolución del préstamo al BEI, en el caso de que Iberbus no pudiera hacer frente a las cuotas del préstamo. Estas entidades son sindicatos de bancos, que en este caso concreto son el entonces conocido como Banco Central Hispano y el Banco Popular, como bancos españoles, y el KfW y el Commerzbank, siendo estos bancos alemanes. (Vid. FASE 2 en la estructura del *GLL*).

El arrendador, en este caso la *KG*, arrienda la aeronave a Iberbus durante 10 años y esta operación dentro de todo el conjunto del *leasing* es denominada *head lease*. En cuanto a los flujos principales que realiza Iberbus para pagar dicho arrendamiento son los siguientes: el 55,61% de los fondos necesarios mediante la venta a valor actual neto de las rentas futuras del *head lease*; el préstamo que realiza al arrendador, la *KG*, por el 15,75% del importe de compra, a través del depósito C; y además realiza dos depósitos bancarios más, que son denominados A y B, por el 22,5% de la operación. El depósito A es un depósito a largo plazo por el importe del 17% del importe global de la compra y que garantiza la aportación inicial de los inversores alemanes con fondos propios al cabo de los diez años, que ascendía al 28,64% del valor de la aeronave. El depósito B por el contrario, es un depósito a corto plazo por el 5,5% del importe global del avión y que garantiza el pago de dividendos mínimos a los inversores alemanes durante los diez años del arrendamiento y que es exigido por la legislación fiscal alemana. Los fondos A y C tienen como fin último asegurar el repago de los fondos aportados por los inversores alemanes, de forma que se eliminan los riesgos para los inversores privados y además, con el depósito B tienen garantizados unos dividendos mínimos. Siguiendo con el tema de los beneficios, a Iberbus le quedaría un 6,14% de los fondos que posee para la adquisición de la aeronave, que se correspondería con el beneficio fiscal que ceden los inversores alemanes y que obtiene Airbus por realizar el *GLL*¹¹⁵. (Vid. FASE 3 en la estructura del *GLL*).

Además, Iberbus lo que hace es subarrendar la aeronave a Iberia, que es el operador final, siendo esta operación denominada *sublease* frente al *head lease*. En este caso el que actúa como arrendador es Iberbus e Iberia sería el arrendatario, tratándose en principio de un *operating lease* y no de un *capital lease*¹¹⁶. Las cuotas de *leasing* que pagaría Iberia a Iberbus deberían ser del importe necesario para cubrir

¹¹⁴ *KG* son las siglas en alemán de *Kommanditgesellschaft*, que significa “sociedad comanditaria”.

¹¹⁵ Como se puede comprobar todos los flujos que realiza Iberbus para pagar el arrendamiento de la aeronave al arrendador, la *KG*, y que son el 55,61%, el 17,75% y el 22,5% suman en total un 93,86%, así que la diferencia hasta el 100% de lo que tiene que abonar da como resultado un 6,14%, que son los beneficios que obtiene Airbus, como socio de Iberbus por realizar la operación de *GLL*. O lo que es lo mismo, es la diferencia entre los depósitos A y B que realiza Iberbus –que son distintos del préstamo de 15,75%, depósito C– y que suman un 22,5%; y la aportación que realizan los inversores alemanes –que no es el préstamo del 15,75%– y que supone un 28,64% del valor de la aeronave.

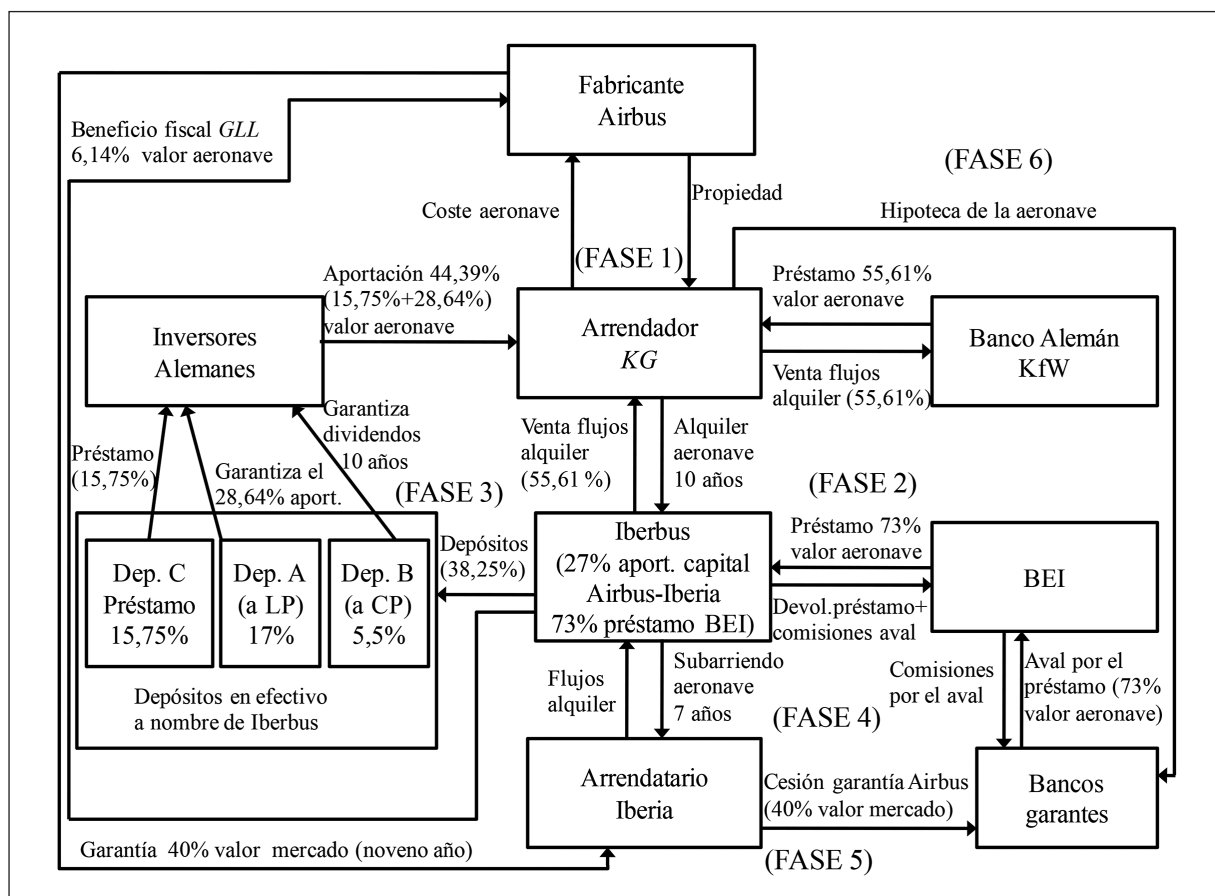
¹¹⁶ Se matiza que se trata de un *operating lease* en principio, porque dependerá de si finalmente Iberia decide renovar el *leasing*, cancelar el *leasing* o quedarse con la aeronave. En caso de que decida renovar el *leasing* por otros ocho años más como se detalla a continuación, se trataría de un *operating lease*, mientras que si el arrendatario decide cancelar el *leasing* con las condiciones que después se describen o quedarse con la aeronave tras el *leasing*, se trataría de un *capital lease*.

la deuda contraída, los gastos financieros del préstamo del BEI, así como las comisiones de los bancos garantes. La duración inicial del *subleasing* sería de siete años y al final de dicho período Iberia tiene tres opciones: o bien quedarse con la aeronave, o bien renovar el *operating lease* por otros ocho años adicionales –bajo unas condiciones de mercado vigentes en ese momento–, o por último, cancelar el *leasing*. (Vid. FASE 4 en la estructura del *GLL*).

En el supuesto de que Iberia decida teminar con el *leasing*, Airbus tiene un período de dos años para intentar vender el avión en el mercado durante los cuales Iberia debe continuar con las cuotas a lo largo de ese período. Y en el caso de que Airbus no pudiese vender el avión, el fabricante se compromete a comprarlo en el noveno año por el 40% de su valor de venta, siendo este importe por tanto el valor residual de la aeronave. Por lo tanto, Airbus está garantizando al finalizar el año nueve un valor mínimo del 40% del valor de mercado del avión. Sin embargo, esta garantía es cedida a los bancos garantes por parte de Iberia, como arrendatario de la aeronave; que se añade a las comisiones que le paga Iberbus a los bancos garantes por avalarles en el préstamo solicitado al BEI para poder llevar a cabo el *head lease*. (Vid. FASE 5 en la estructura del *GLL*).

Por último, y para acabar de asegurar y garantizar la operación de *leasing*, la *KG*, como propietaria de la aeronave realiza una primera hipoteca sobre la misma a favor de los bancos garantes. Esta garantía se acumula a la pignoración de las cuotas de *leasing* de Iberia, puesto que los flujos del *leasing* son una garantía de que Iberbus va a devolver el préstamo que ha solicitado al BEI –respecto del cual son avalistas los bancos garantes–, y a la garantía del valor residual arriba indicada. (Vid. FASE 6 en la estructura del *GLL*).

En conclusión, esta operación de *GLL* demuestra cómo tanto los fabricantes como las aerolíneas, a través de corporaciones denominadas en inglés *Special Purpose Vehicle (SPV)*, es decir de sociedades creadas para la estructuración jurídica de la operación financiera, se consiguen los objetivos de todas las partes, que son: para los fabricantes vender aeronaves; para las aerolíneas conseguir aeronaves



Estructura del *German Leveraged Lease* de Iberia

Fuente: Elaboración propia a partir de la operación de *GLL* descrita en J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, pp. 263-265.

para poder realizar sus operaciones; y para los inversores privados por su parte, beneficiarse de que los efectos fiscales de sus excesos de renta se laminen a lo largo del tiempo, puesto que después de unos años recuperan la inversión realizada más la plusvalía. En Estados Unidos la duración de la inversión era de 15 años, en Japón de 12 y en Alemania de 10, tratándose de períodos mínimos.

E. French Tax Lease

55. El *french tax lease* en inglés, pero denominado en francés *crédit-bail mobilier*, equivale en castellano al arrendamiento financiero, aunque el concepto no es el mismo que lo que se entiende por arrendamiento financiero en Derecho español¹¹⁷. Existe una definición exacta en el Derecho francés de lo que comprende el término *crédit-bail mobilier*: “Las operaciones de alquiler de bienes de equipo o de utillaje compradas a los efectos de este alquiler por determinadas empresas que permanecen como propietarias, cuando estas operaciones, cualquiera que sea su calificación, otorgan al arrendatario la posibilidad de adquirir todo o parte de los bienes alquilados, mediante un precio acordado que tenga en cuenta, al menos de algún modo, los pagos realizados correspondientes a los alquileres”¹¹⁸.

El *french tax lease* está restringido a la financiación de aeronaves dentro del mercado doméstico y está estrictamente regulado por el “*code monétaire et financier*”. Las compañías que pueden llevar a cabo este tipo de estructuras financieras necesitan una autorización específica desde el *Comité des Etablissements de Crédit* y están sujetas a determinadas condiciones como pueden ser unos requisitos mínimos de capital, ratios financieros restrictivos, y sobre todo tienen la supervisión de la *Commission Bancaire*, que es una agencia gubernamental¹¹⁹.

En una típica transacción de *french tax lease*, un grupo de bancos franceses crea expresamente una compañía para un fin concreto, y esta sociedad es conocida como *Groupement d'Intérêt Economique (GIE)*, regulada por el Derecho francés¹²⁰. La *GIE* compra la aeronave nueva y la arrienda a la aerolínea, de forma que es la *GIE* la que se beneficia de la amortización acelerada de la aeronave. Además, dentro del contrato de *leasing* existe una opción de compra para el arrendatario, en virtud de la cual la aeronave puede ser comprada por el valor residual determinado al comienzo del *leasing*, teniendo en cuenta, tal y como se detalla en la definición del *crédit-bail mobilier*, los pagos por el alquiler ya realizados.

56. Se puede afirmar que en el derecho francés únicamente el propietario legal del activo, en nuestro caso la aeronave, tiene el derecho a beneficiarse de la depreciación de dicha aeronave, puesto que no reconoce el concepto de propiedad económica¹²¹. En este sentido el *french tax lease* podría ser considerado como un *capital lease*¹²².

¹¹⁷ Como se verá la tratar el arrendamiento financiero en Derecho español, aunque la propiedad la tiene el arrendador, todos los riesgos los tiene el arrendatario, a diferencia del *crédit-bail mobilier*, por lo que quien puede realizar la amortización del bien es el arrendatario, ya que sería el propietario económico. Además en el arrendamiento financiero del Derecho español aunque también existe opción de compra por parte del arrendatario, el precio de compra por parte del arrendatario no está pactado ya desde el comienzo del *leasing*.

¹¹⁸ Definición recogida por primera vez en el derecho francés, a través del art. 1.1 Loi n^o. 66-455, de 2 de julio de 1966, relativo a las empresas que practican el *crédit-bail*, JORF 3 julio 1966, page 5652. Posteriormente esta misma descripción exacta, también ha sido incluida en el art. L313-7.1 del “*Code monétaire et financier*”.

¹¹⁹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 228.

¹²⁰ Un *Groupement d'Intérêt Economique (GIE)* es una entidad que basándose su existencia en su propia independencia legal, tiene el poder de contratar y adquirir activos por derecho propio. Un (*GIE*) se diferencia de una sociedad en que es fiscalmente y legalmente transparente con respecto a sus miembros. Esto quiere decir que la *GIE* no paga impuestos sobre sociedades, puesto que los beneficios y las pérdidas generadas por la *GIE* son pasados a sus miembros en proporción a los intereses en la propiedad de cada uno de ellos, de forma que son incorporados directamente en los estados financieros de sus miembros. Cada uno de los miembros de la *GIE* son responsables solidarios respecto de las obligaciones que la *GIE* haya adquirido con independencia del tamaño o el porcentaje de participación de sus miembros (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 88).

¹²¹ M. GDANSKI, “The French Tax Lease”, *Airfinance Journal*, Jul. 1991, p. 30; A. WHYTE, “Down, but not quite out”, *Airfinance Journal*, jun. 2000, p. 28.

¹²² Como ya se ha comentado, en ocasiones es muy difícil distinguir entre un *capital lease* y un *operating lease*.

Sin embargo, para tratar de discernir si este tipo de *leasing* debe ser considerado un *capital lease* o un *operating lease* resultaría interesante determinar si existe en otras jurisdicciones alguna figura similar a la *GIE*. Pues bien, las *GIEs* podrían equipararse por un lado, a las *Subchapter S corporations*, creadas bajo el *Internal Revenue Code* (Ley federal tributaria) de los Estados Unidos, que son un tipo de sociedad cuyos accionistas son gravados impositivamente como si fueran socios de la misma, es decir que la ganancia de la compañía es considerada un ingreso directo de los accionistas, haya sido o no distribuida, pero para entrar en la categoría de *S corporation*, la organización no debe tener más de 35 accionistas, debiendo todos residir en el país, y contar con sólo un tipo de acciones. Por otro lado, las *GIEs* también son similares a los *owner-trustees* de los *leveraged leases* de Estados Unidos. En consecuencia, se puede afirmar que los *french tax leases* deben ser clasificados como *capital leases*.

F. United Kingdom Tax Lease

57. En el Reino Unido, los *tax leases*, también denominados *tax-based leasing*, están restringidos a la financiación de los bienes de equipo para aerolíneas domésticas, de manera que si son las aerolíneas extranjeras las arrendatarias, no cumplirían con los requisitos de la legislación tributaria para la obtención de los beneficios fiscales, como sí ocurre cuando se trata de una aerolínea del Reino Unido. Es más, los coeficientes de amortización cuando se trata de entidades extranjeras es sólo de un 10%.

La estructura de este tipo de *leasing* consiste en que el arrendador adquiere la aeronave, ya sea nueva o usada, y la arrienda por un período que coincide normalmente con la vida útil de la aeronave. El arrendador recupera el coste de adquisición a lo largo de la duración del *leasing* más las ganancias, si se tienen en cuenta los beneficios fiscales existentes.

En cuanto al arrendatario, no está permitido que tenga una opción de compra, sin embargo es él el que tiene la propiedad económica de la aeronave. Así que, a la finalización del *leasing* el arrendatario vende la aeronave actuando como agente para el arrendador, por lo que recibe la devolución de los flujos de alquiler por una cantidad correspondiente al importe de la venta de la aeronave¹²³. Pero si el arrendatario, quiere continuar utilizando la aeronave después del vencimiento del *leasing*, éste puede ser ampliado por un segundo período, durante el cual el arrendatario sólo tiene que realizar pagos nominales, es decir que ya no tendría que pagar intereses.

58. El problema como sucedía con el *french tax lease* es dirimir si se trata de un *capital lease* o de un *operating lease*. Pues bien, se trata para el arrendatario de un *capital lease*, puesto que la aeronave debe aparecer en el balance de situación del mismo, o lo que es lo mismo sería una estructura *on-balance sheet* para el arrendatario, ya que es el propietario económico de la aeronave¹²⁴.

Sin embargo, el arrendatario tiene el derecho de dejar el *leasing* a lo largo del período de *leasing*. Pues bien, en este caso, este tipo de *leasing* se convertiría en un *operating lease*, ya que no se queda finalmente con la aeronave, tratándose por tanto de una estructura *off-balance sheet*.

En una estructura típica de este tipo de *leasing*, como los arrendadores no asumen el riesgo del valor residual de la aeronave, se añade una tercera parte en la transacción que se hace cargo de la aeronave, en el caso de que el arrendatario decida ejercer su derecho de retirarse de la operación de *leasing*. Sería esta tercera parte la que dispondría de la aeronave, por lo que podría o bien venderla o volver a alquilarla.

G. El arrendamiento financiero en España

59. El contrato de arrendamiento financiero en España será tratado al abordar la calificación de este tipo de contratos de manera muy extensa, por lo que no se va abordar en este apartado.

El arrendamiento financiero, tal y como se define en el apartado de la calificación de los contratos de arrendamiento financiero, no se suele utilizar en la práctica para financiar la adquisición de flotas de

¹²³ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 228-229.

¹²⁴ Una estructura *on-balance sheet* es lo opuesto a una estructura *off-balance sheet*, que ya ha sido explicada anteriormente.

grandes aeronaves civiles. En la mayoría de los casos se ha recurrido a él para financiar como mucho una o dos aeronaves civiles de más de 100 asientos¹²⁵. Sin embargo, el arrendamiento financiero ha sido la base para el desarrollo en los últimos años de otras estructuras más complejas como los *Spanish Operating Lease*.

H. Sale and Leaseback

60. Este tipo de *leasing* se caracteriza por la venta de la aeronave a un comprador, que inmediatamente después de la venta, realiza un contrato de arrendamiento con el vendedor, mediante el cual el comprador sería el arrendador y el vendedor pasaría a ser el arrendatario¹²⁶.

En virtud de esta estructura, el vendedor puede recuperar el coste del capital invertido en la aeronave, mientras que sigue conservado los beneficios de su uso sin interrumpir sus operaciones, consigue aliviar su situación de escaso cash flow, reduce el riesgo de futuras fluctuaciones en el valor de la aeronave y permite fijar un precio de traspaso en caso de que se contemple un reemplazo de la flota.

61. En cuanto al tratamiento contable de esta operación dependerá de la jurisdicción bajo la que se realice, pero un vendedor puede recuperar la aeronave tras su venta y llevarlo contra pérdidas de capital anteriores y así reforzar su balance de situación. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en algunas jurisdicciones, las normas de contabilidad sólo permiten que el valor pactado de recuperación de las aeronaves sea reflejado en el balance de situación, de manera prorrateada por el número de años en que se realiza el nuevo *leasing*¹²⁷.

3. Operating lease

62. El *operating lease* inicialmente utilizado porque se refleja fuera del balance de situación y por los beneficios fiscales en la financiación de aeronaves, ha visto incrementando su uso gracias a que los arrendadores dentro de las transacciones de *operating lease* se han convertido en profesionales, siendo el caso de las estadounidenses *International Lease Finance Corporation (ILFC)* y *Bouillouin Aviation Services, Inc.*, las irlandesas *General Electric Capital Aviation Service (GECAS)* y *Guinness Peat Aviation (GPA)*, la holandesa *debis AirFinance*, y *B.V Singapore Aircraft Leasing Enterprise (SALE)*¹²⁸. Estas compañías se interpondrían por un lado, entre las instituciones financieras, al asumir los riesgos, y por otro lado, las aerolíneas, al ofrecerles o bien créditos blandos, o una aeronave durante un corto período de tiempo, sin necesidad de adquirir en propiedad dicho bien.

En un primer momento, los arrendadores en un *operating lease* daban soluciones temporales a las aerolíneas que necesitaban aeronaves durante un corto período de tiempo, sin tener que asumir el riesgo del valor residual de la aeronave, asociado a la compraventa o al *capital lease*. Pero después se dieron cuenta de que estas compañías como arrendadoras estaban mejor preparadas que las instituciones

¹²⁵ Es difícil encontrar contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves. Sin embargo, de una consulta realizada en relación con el Impuesto sobre Sociedades en el año 2007, puede deducirse que la sociedad británica GE Capital Corporation (leasing) Limited había suscrito un contrato de arrendamiento financiero con una empresa sobre una aeronave propiedad de GE Capital. En el mismo se señala que el plazo de duración del contrato de arrendamiento financiero será de 84 meses, con una opción de compra al vencimiento por el valor residual ("Consulta" disponible en línea en [http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+CUESTION-PLANTEADA+\(arrendamiento+financiero+\)&Pos=18](http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+CUESTION-PLANTEADA+(arrendamiento+financiero+)&Pos=18) (consultado el 5 de junio de 2016)).

¹²⁶ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 244.

¹²⁷ Así que por ejemplo, si la recuperación de la aeronave supone un total de 3 millones de dólares y la duración del *leasing* es de tres años, sólo se permite que se refleje en el balance de situación el importe de 1 millón de dólares por año, de manera que se diluyen los potenciales beneficios (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 245).

¹²⁸ En la actualidad ILFC ha sido absorbida por AerCap, como se recoge en la compra que hace AerCap a la empresa AIG (*American International Group*), que era la sociedad matriz de ILFC en el momento de su venta. *Vid.* "AIG Raises \$3,7 Billion in Cash From Sales of AerCap Stock", disponible en línea en <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-06-03/aig-sells-3-7-billion-in-aercap-shares-as-it-amasses-capital> (consultado el 5 de junio de 2016).

financieras para solucionar los fallos en el mantenimiento, la recuperación o la reventa de la aeronave, al finalizar el período de *leasing*¹²⁹.

63. Aunque estos tipos de *leasing* son útiles para ambas partes, arrendador y arrendatario, el mayor problema con el que se encuentra el arrendatario es la confusión, inocente o deliberada, del arrendador en diferenciar entre un *capital lease* y un *operating lease*.

En el caso del *capital lease*, ambas partes entienden que es similar a un préstamo garantizado, en el que existe una financiación a largo plazo de la aeronave y al finalizar el período del *leasing* se espera que el arrendatario compre la aeronave por un precio de compra ya fijado. La única diferencia sustancial entre un préstamo y un *capital lease* es que en este último, el arrendador mantiene la titularidad de la aeronave durante el período del *leasing*, lo cual supone una garantía superior de la que proporciona una hipoteca. Bajo un *capital lease*, el arrendatario asume todos los riesgos y responsabilidades de la propiedad y está obligado a mantener, operar y asegurar la aeronave de acuerdo con esta responsabilidad. Por su parte, la responsabilidad del arrendador se concreta únicamente en poner a disposición del arrendatario la aeronave al comienzo del *leasing*, proporcionar el uso o disfrute pacífico de la aeronave al arrendatario y transferir el título de la propiedad de dicho bien al arrendatario, si procede, a la finalización del período de *leasing*¹³⁰.

Bajo un *capital lease*, se espera que el arrendatario indemnice y respalde al arrendador y a las terceras partes relevantes que intervengan en dicha operación, tales como prestamistas o *head-lessors* (si en la operación existe un *head lease*), protegiéndoles de cualquier reclamación o daños que surjan desde o en conexión con la operación de arrendamiento del equipo y por las pérdidas sufridas por estas partes como resultado de impuestos adicionales, cambios en la legislación o el colpaso de la estructura. Estas obligaciones, junto con los pagos de los alquileres y cualquier otra cantidad que puedan llegar a ser debidas bajo un *leasing* –y que se pacten en la negociación del *leasing*– deberán ser pagadas por el arrendatario pase lo que pase, incluso si el arrendador o una tercera parte interrumpe el uso del arrendamiento de la aeronave. En este sentido, este *leasing* se asemeja a un préstamo, donde el arrendador además no corre con los riesgos que puedan surgir en dicha transacción¹³¹.

64. El *capital lease* contrasta mucho con el *operating lease*, puesto que en este último tipo de *leasing* el arrendatario lo que pretende precisamente es evitar las responsabilidades y las obligaciones asociadas a la financiación. En un claro *operating lease*, el arrendatario sólo debería ser responsable ante el arrendador, mientras que el arrendador asumiría toda la responsabilidad del acuerdo con sus prestamistas o *head-lessor* -si existe-, así que el arrendatario no debería soportar ningún riesgo en la estructura de la transacción, ni en el valor de la aeronave al finalizar el período de *leasing*.

Sin embargo, no todo los arrendadores en un *operating lease* aceptan que esto sea así. Efectivamente, aquellos arrendadores que son compañías fuertes como *GECAS*, *ILFC*, *SALE* o *Bouilliou* no involucran a los arrendatarios en sus relaciones con los prestamistas. Sin embargo, otros tienen a los prestamistas como coasegurados y fijan los pagos adicionales por las pérdidas cubiertas por el seguro especificadas en el *operating lease* para los arrendatarios. Pero además, otros arrendadores involucran a sus arrendatarios en la operación de financiación de la misma manera que si se tratara de un *capital lease*. Estas dos últimas situaciones se deben fundamentalmente a que estas empresas que actúan como arrendadoras no disponen de fondos y financian normalmente la adquisición de las aeronaves gracias a los *operating lease*. Es más,

¹²⁹ Los conceptos de recuperación y reventa de la aeronave son la traducción literal de dos términos en inglés del *leasing* que son respectivamente “*repossession*” y “*remarketing*”, por lo que quizás no se comprende muy bien su significado. En definitiva quieren decir que a la finalización del *operating lease*, el arrendatario en principio no se va a quedar con la aeronave, así que o bien el arrendador recupera la aeronave o bien la revende. Sobre el *operating lease* vid. C. KJELGAARD, “Questions Remain About Operating Leases”, *Airfinance Journal*, Jan. 1987, p. 26; I. GAUNT, “Aircraft Operating Leases – Meeting the Needs of the Parties Involved”, *Airfinance Journal*, Feb. 1990, p. 26; J.-F. PRITCHARD/ J. TENEV, “Legal and business aspects of operating leases”, *Airfinance Journal*, Oct. 1998, p. 23; R. DWYER, “ILFC surge brings it closer to GECAS”, *Airfinance Journal*, Jul./ Aug. 1999, p. 28.

¹³⁰ La cláusula del uso pacífico del bien arrendado está recogida en el artículo 4.11 del modelo de contrato de un “*dry lease*” (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 81-83).

¹³¹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 196.

en ocasiones estos arrendadores utilizan el depósito de garantía del arrendatario como el pago anticipado para sus propios prestamistas, y esto ha provocado que la morosidad de los arrendadores lleve a que los arrendatarios de estos *operating lease* sufran las consecuencias de dicha morosidad.

Por lo tanto, cuando se lleva a cabo un *operating lease* entre las dos partes interesadas en esta transacción, ésta puede obligar al arrendatario a que realice depósitos de garantía, prepago de alquileres y reservas de mantenimiento, que son aportadas al arrendador como garantía de sus obligaciones con respecto al *leasing*. Si el arrendador se equivoca en utilizar esos fondos para el propósito para el que estaba destinado o incumpliese sus obligaciones con respecto al préstamo recibido, las obligaciones del arrendatario pueden ir más allá del pago de los depósitos de garantía, los alquileres y las reservas de mantenimiento, si se pacta una cláusula muy utilizada en derecho anglosajón conocida como “*hell or high water clause*”¹³². En virtud de la misma, el arrendatario debe responder de la morosidad del arrendador y de las terceras partes acreedoras del mismo -cuando haya sido convenido como una obligación para el arrendatario-, pase lo que pase, teniendo derecho a reclamar al arrendador al arrendatario tales obligaciones, aunque esto suponga que el arrendatario lo tenga que pagar dos veces¹³³.

65. El problema del abuso de poder del arrendador respecto del arrendatario antes citado se manifiesta durante la negociación de la operación del *leasing*. En primer lugar, en la firma de las comúnmente conocidas en derecho anglosajón como “*letter of intent*” (*LOI*), en las que generalmente se establece que el arrendatario está obligado a enviar un depósito, recuperable o no. El objeto de dicho importe puede ser: demostrar seriedad; retirar la aeronave en cuestión del mercado durante las negociaciones de esta transacción; utilizarse como la primera cuota de alquiler o como depósito de garantía -negociándose por tanto, cuándo se ejecutará-; o que se lo quede el arrendador para cubrir sus costes, en el caso de que las negociaciones no lleguen a buen fin¹³⁴. Así que cuando las negociaciones fracasan y no se llega a completar la operación de *leasing*, el depósito o parte de él, deber ser devuelto al arrendatario de acuerdo con las disposiciones acordadas entre las partes, a menos que se pacte otra cosa distinta. En muchas ocasiones, el arrendador encuentra alguna razón para evitar o retrasar su devolución, debido a una falta de claridad en las condiciones para el retorno del depósito al arrendatario, o en circunstancias extremas, el arrendador podía haber utilizado los depósitos para otros fines.

Tras la firma de la *LOI*, normalmente tampoco el borrador de la documentación solicitada al arrendatario refleja el acuerdo al que han llegado las partes en la operación de *leasing*. En muchas ocasiones, los requisitos tales como la indemnización de los prestamistas, las disposiciones en materia de seguros que no son habituales o la reclasificación de los depósitos por parte del arrendador son añadidos o modificados en el borrador de la documentación.

Incluso si se pacta así en el contrato, cuando un arrendador incumple los pagos de su propio acuerdo de financiación con el prestamista, éste puede apoderarse de la aeronave que estaba sujeta a tal financiación, aunque se trate de un *operating lease*. *Ad. ex.* en octubre 2001 *Trans Aer* compañía irlandesa financió el arrendamiento de una aeronave a *Lybian Arab Airlines*, compañía libia, pues bien cuando *Trans Aer* dejó de cumplir sus obligaciones con respecto a los prestamistas, éstos ejercieron su garantía y se apropiaron de la aeronave, a pesar de que existía un *operating lease* con las aerolíneas árabes. Esto provocó que éstas perdieran el uso de la aeronave durante el resto del período del *leasing*, así como su depósito de garantía¹³⁵.

¹³² Esta cláusula “*hell or high water*” efectivamente forma parte del estándar de los contratos de arrendamiento o *leasing* en el mundo anglosajón, en virtud de la cual el arrendatario está obligado a pagar hasta que finalice el período de arrendamiento, independientemente de las dificultades que puedan surgir. En esta misma línea, la cláusula “*absolute obligation*” (obligación absoluta) en derecho anglosajón está recogida con frecuencia en los contratos de *leasing*. *Vid.* un ejemplo de dicha cláusula en el art. 6.4 de un modelo de contrato de un “*dry lease*” (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 100-101).

¹³³ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 197. De acuerdo con lo que señala el autor, es lógico afirmar que las cláusulas de este tipo favorecen al arrendador y más concretamente al arrendador de un *capital lease* (*vid.* discusión al respecto en D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 102-105).

¹³⁴ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 197.

¹³⁵ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 198.

En algunos casos incluso todavía es peor y un arrendador con cierta habilidad puede no tener la aeronave que va a ser arrendada, pero a través de una compañía en paraísos fiscales, obtiene un depósito de una aerolínea inexperta y posteriormente negocia, generalmente sin éxito, con una tercera parte la adquisición de la aeronave solicitada por la aerolínea. Lo habitual en estas situaciones es que finalmente el arrendatario pierda el depósito sin posibilidad de reclamarlo al arrendador¹³⁶.

66. Como consecuencia del problema planteado anteriormente, salvo cuando se trate de grandes compañías arrendadoras como las ya mencionadas, cuya reputación e integridad es conocida, los arrendatarios antes de firmar cualquier documento deberían fijar algunas de sus condiciones para llevar a cabo la operación de *leasing*. Entre el abanico de posibilidades que podrían establecer ambas partes, se puede pactar que los fondos depositados por el arrendatario para el arrendador sean custodiados por un fideicomiso o bien se puede acordar cualquier otra forma de garantizar que el depósito va a ser destinado al fin para el que se haya realizado.

El arrendatario también podrá obtener una “*letter*” en la que se establezca el uso pacífico de la aeronave desde cualquier tercera parte que pudiese ser susceptible de reclamar la aeronave, como por ejemplo el prestamista o el *head-lessor*¹³⁷.

Además, otra sugerencia que puede beneficiar en cierto modo al arrendatario es que las disposiciones sobre los seguros sean tan amplias que si se lleva a cabo el procedimiento para el cobro del seguro, éste sea pagado en base a los intereses de cada una de las partes, puesto que aparecen reflejados en la redacción de dicho seguro.

Por otro lado, si se realizan reservas de mantenimiento por parte del arrendatario y disponibles para el arrendador, se puede establecer una cláusula en la que se fije que la cantidad a pagar como reservas de mantenimiento sea reducida si estas reservas llegan a ser demasiado elevadas¹³⁸.

Estas sugerencias antes mencionadas que pueden ser beneficiosas para el arrendador, son unas pocas de las múltiples opciones para clarificar la responsabilidad de las dos partes en la transacción del *operating lease* y por tanto en el contrato o contratos que deriven de la misma¹³⁹. Por lo que, a menos que se haya acordado otra cosa distinta antes de la firma de las *LOI*, el arrendatario debería evitar cualquier participación o implicación con respecto al arrendador, a menos que esté preparado para los riesgos de la pérdida de cualquier depósito y reservas de mantenimiento pagados al arrendador.

67. A continuación, se van a estudiar varios tipos de *operating lease*, al igual que se ha hecho con los *capital lease*. Aunque se han incluido los siguientes clases de *leasing* en esta clasificación porque son definidos como tal en su denominación, se podrá comprobar que sólo los *wet lease*, -y los *Sale and Leaseback* que pueden ser tanto *capital lease* como *operating lease*- son verdaderos *operating lease*.

A. Japanese Operating Lease

68. La operación básica del *Japanese Operating Lease (JOL)* no es una estructura complicada¹⁴⁰. El arrendador en este tipo de *leasing* adopta la forma de una *SPV* y adquiere la titularidad de la aeronave, pudiendo ser o bien una aeronave o usada, a diferencia de lo que sucedía con los *JLLs*, en los cuales era obligatorio que la aeronave fuera nueva; y además arrienda la aeronave al arrendatario bajo los térmi-

¹³⁶ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 198.

¹³⁷ En derecho anglosajón, como ya se ha visto es muy habitual que se acuda a las *LOI* para dejar claro cuáles son las posiciones de las partes en el futuro contrato o contratos que deriven de la operación de *leasing*. Vid. artículo 4.11 del modelo de contrato de un “*dry lease*” (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 83-85).

¹³⁸ En ocasiones las reservas de mantenimiento junto con los intereses devengados pueden llegar a suponer millones de dólares antes de que tengan que ser devueltos.

¹³⁹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 199.

¹⁴⁰ Aunque los *JOLs* han surgido hace menos tiempo que los tipos de *leasing* antes estudiados, en concreto unos diez años, ya se venía utilizando esta forma de financiación en la navegación marítima desde hace tiempo (D. JONES, “*JOLs: Testing the Water*”, *Finance International*, May. 2000, p. 28).

nos de un *operating lease*. Las *SPV* son habitualmente compañías japonesas con la forma de sociedad limitada, es decir *Yugen Kaisha*, que suponen una aportación de capital de cómo mínimo tres millones de yenes, pero también pueden ser sociedades anónimas japonesas, *Kabushiki Kaisha*, que suponen una aportación mínima de capital de diez millones de yenes. La filial japonesa de una *SPV* establecida en las islas Cayman también puede ser la arrendadora.

La aportación de capital de los inversores debe ser de al menos el 20% del coste de la aeronave, mientras que el restante 80% es financiado con un préstamo, generalmente con determinadas garantías. Por lo tanto, el prestamista normalmente obligará al arrendador a asegurar la deuda teniendo prioridad en la primera hipoteca sobre la aeronave, además de la cesión de cualquier garantía existente del fabricante y por último, la cesión del acuerdo de *leasing* entre el arrendador y el arrendatario, que a su vez incluye los flujos de los alquileres, los beneficios del seguro que exista y las reservas de mantenimiento o los depósitos de garantía realizados¹⁴¹.

Cuando se trata de grandes operaciones, las *SPV* pueden obtener el capital a través de la sindicación o el consorcio de múltiples arrendadores, que como ya se ha visto al tratar el *JLL*, son conocidos estos acuerdos como *Tokumei Kumiai (TK)*. La sociedad matriz de la *SPV*, que suele ser una compañía de *leasing* japonesa, generalmente ofrece al arrendatario una *letter of comfort* -muy utilizada en el mundo anglosajón- con el objetivo de respaldar a la *SPV*, para que el arrendatario tenga una garantía de que va a disfrutar pacíficamente de la aeronave, durante el tiempo que dure el *leasing*¹⁴².

Durante el tiempo que dura el *leasing*, los pagos son aplicados en su mayor parte a la amortización del préstamo, pero también se utilizan para pagar los dividendos a cuenta por la aportación de capital. Sin embargo, los alquileres pagados durante el *leasing* en una *JOL* no son suficientes para amortizar todo el préstamo, por lo que tanto el arrendador como el prestamista están expuestos al riesgo del valor residual de la aeronave¹⁴³. Por un lado, el número de aerolíneas con aceptables “*credits ratings*”, es decir solvencia económica, no son muchas. Por otro lado, como el arrendador debe asumir el riesgo del valor residual para que esta operación sea calificada legalmente como una *JOL*, no se permite asegurar dicho valor de la aeronave, así que el número de arrendadores que quieren participar en estas estructuras también es limitado¹⁴⁴.

Por último, en una estructura *JOL* lo habitual es que se contemple que la aeronave sea vendida a la finalización de la duración del acuerdo de *leasing*, conforme a un acuerdo de reventa, “*re-marketing*”, en virtud del cual el agente de ventas intentará vender o alquilar de nuevo la aeronave. Un nuevo alquiler requiere que se regularicen los préstamos pendientes, o bien mediante su pago o bien a través de refinanciación.

¹⁴¹ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 225.

¹⁴² Para que una institución financiera adelante fondos o determinadas compañías establezcan relaciones contractuales con una subsidiaria más débil de una compañía matriz, normalmente espera recibir un escrito que asegure que, por lo menos, esta sociedad matriz está al corriente y aprueba la transacción; o bien cuando es necesario una mayor protección, que la sociedad matriz proporcionará a la subsidiaria los fondos necesarios para que ésta cumpla con sus obligaciones. Este escrito conocido como *letter of comfort*, también es denominado en ocasiones como *letter of responsibility* (carta de responsabilidad) o *letter of awareness* (carta de conocimiento). Sobre las *letter of comfort* es importante resaltar que se recurre a ellas cuando la sociedad matriz no quiere aportar una garantía directa de las obligaciones de la subsidiaria, y que puede ser por diversas razones, como que la sociedad matriz quiera limitar su propia capacidad de préstamo. Pero si un acreedor no puede obtener una obligación vinculante legalmente de la sociedad matriz, entonces como último recurso puede contar con un compromiso moral de que si la empresa subsidiaria falla en sus obligaciones, serán cubiertas por la sociedad matriz. Si se diera esta situación, la sociedad matriz debe decidir entre reparar las obligaciones de su subsidiaria para mantener su reputación o denegar su responsabilidad totalmente. Como las *letter of comfort* no crean obligaciones coercitivas de forma legal, cualquier declaración incluida en dichas *letter* debe ser examinada individualmente y de las circunstancias que rodean a la transacción determinar si hay una intención de contraer una obligación legal, y en tal caso, el preciso ámbito de aplicación de esta obligación. En función de la redacción de las *letter of comfort*, es decir de su contenido obligacional, un juez puede obligar a que se cumplan dichas *letter*, tal y como sucedió con la *Commercial Court of Brussels* (Corte Comercial de Bruselas) que consideró la ejecutabilidad de una *letter of comfort* bajo el derecho belga y determinó que se había prometido un resultado específico que no se cumplió, en el caso que enfrentó a Glenoit Mills Inc., una compañía americana y a su subsidiaria belga, SNCI-NMKN, en 1977 (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 404-409).

¹⁴³ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 226.

¹⁴⁴ Sin embargo, existe el convencimiento de que la mayoría de las operaciones de *leasing* realizadas a través de un *JOL* se llevaban a cabo con alguna forma de apoyo que garantizase el valor residual.

69. El problema que subyace por tanto, es que en ocasiones es difícil distinguir un *JOL* de un *JLL*. La principal diferencia entre ambos es que los inversores toman una posición real en un *JOL*, por lo que asumen todos los riesgos que pudieran surgir, mientras que bajo un *JLL* no estaban expuestos a dichos riesgos¹⁴⁵. Aunque la propiedad del activo tanto si es un *JOL* como un *JLL* es del arrendador, el hecho de que los inversores adopten una posición real significa que los riesgos son mayores para los inversores en un *JOL* que en un *JLL*, porque además en estos últimos en ciertos casos está garantizada la devolución de su aportación.

El requisito normativo más estricto en relación con los *JOL* era que la suma agregada de todos los alquileres no podía superar el 90% del coste del activo y cualquier incumplimiento de esta estructura provocaba que fuese considerada un *financial lease*, en vez de un *operating lease*, lo cual llevaba a un tratamiento distinto a nivel fiscal.

El prestamista, por su parte como no se beneficiaba de ninguna deducción fiscal, sí podía asegurar el valor residual de la aeronave para así reducir su riesgo, pero si lo contrataba veía reducidos sus ingresos como consecuencia del coste del seguro. Además, o como una alternativa a este seguro, el prestamista podía reducir su riesgo a través de las garantías de las agencias de crédito a la exportación europeas, conocidas como *ECAs* (*Export Credit Agencies*) europeas. Sin embargo, las complejidades administrativas de las *ECAs* para garantizar las *JOLs*, más los costes de los profesionales que solicitaban estas garantías, hacía que los prestamistas desistieran de obtener una garantía a través de las *ECAs*.

Sin embargo, como ya se ha apuntado antes, el *quiz* de la cuestión estaba en que el arrendador para llevar a cabo un *JOL* no quería estar expuesto al riesgo del valor residual. Sin embargo, para las autoridades fiscales japonesas, los acuerdos mediante los cuales se establecían las opciones de compra a un precio fijo limitaban el riesgo del arrendador, y estos pactos para fijar el valor residual incumplían uno de los requisitos legales para que la transacción fuese considerada como un *operating lease* y no como un *finance lease*. Así que, era habitual que el arrendador al comienzo del *leasing* determinase las opciones de compra sobre el valor real del mercado, en base a las valoraciones del activo realizadas por terceros, era el caso de los prestamistas. Por lo que aunque se denomine *Japanese Operating Lease*, en realidad es un *finance lease* de acuerdo con la definición que se ha venido repitiendo a lo largo del presente trabajo. De manera que esta afirmación se puede realizar también sobre los *German Operating Lease*.

B. German Operating Lease

70. El *German Operating Lease* (*GOL*) era similar al *JOL*, pero a diferencia de este último nunca obtuvo mucha financiación por parte del mercado de inversiones¹⁴⁶. Como consecuencia de esto las operaciones de *leasing* realizadas a través de esta estructura no fueron muchas.

En primer lugar, sólo un banco era el que ofrecía este producto, el *Deutsche Structured Finance* y sólo se financiaron 29 aviones para las compañías *Deutsche BA* y *Air Litoral*, por un valor que superaba el billón de dólares¹⁴⁷.

Como sucedió con los *JOL*, el elevado riesgo que suponía para los inversores el *GOL*, provocó que este tipo de *leasing* acabara desapareciendo¹⁴⁸.

C. Spanish Operating Lease

71. El *Spanish Operating Lease* (*SOL*) es una estructura que se empezó a plantear en el año 2005, cuando Iberia decidió cerrar un acuerdo para la realización del primer *SOL*¹⁴⁹. La aerolínea de

¹⁴⁵ D. JONES, "Division of the spoils", *Airfinance Journal*, May. 2000, p. 26; D. JONES, "JOLs: Testing the Water", *Finance International*, May. 2000, p. 28.

¹⁴⁶ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 227.

¹⁴⁷ Como billón se ha traducido de la palabra en inglés *billion*, un billón de dólares equivale a mil millones de dólares, no a un millón de millones, que se correspondería con el término *trillion* en inglés.

¹⁴⁸ P. STEINHARDT, "Commercial Focus: Frankfurt", *Airline Fleet & Asset Management*, May/ Jun. 2002, pp. 24-26.

¹⁴⁹ "The SOL is shining Iberia", *Airfinance Journal*, Oct. 2005, p. 11.

bandera española había realizado durante los años 90 varias operaciones de *leasing* a través de *JOL*, pero ante la incertidumbre surgida en torno al futuro de este tipo de *leasing*, decidió explorar estructuras alternativas de financiación para nuevos aviones.

En dicha operación, Iberia pretendía alquilar dos A340-600 durante 12 años, por un valor de 250 millones de dólares. El *head lessor* era una filial de Caja Madrid, mientras que el *operating lessor* era una sociedad limitada española. Bajo esta estructura, Iberia mantenía la flexibilidad en la transacción, ya que tenía la opción de comprar las aeronaves en el año 10 y en el año 12¹⁵⁰.

La diferencia fundamental del *SOL* con la estructura similar utilizada para los barcos, más conocida como *Tax Lease*, era que sólo existía un inversor y que no requería la aprobación de la Agencia Tributaria española. Efectivamente, Caja Madrid, como único proveedor de fondos propios, contribuía con un 21% del coste total de la transacción, mientras que el *Royal Bank of Scotland* aportaba a través de un préstamo, el 79% restante.

El ahorro de dicha estructura era del 6,5%, en la que Iberia se beneficiaba de parte de los beneficios fiscales en términos de una reducción en las cuotas de los alquileres a lo largo del período que durase la transacción. Normalmente, la aerolínea venía ganando a través del *JOL*, entre el 5% y el 9%, dependiendo de la escasez de inversores y de la calidad del activo.

Otros de los beneficios claves para Iberia era reducir la media ponderada del coste de capital de las aerolíneas y mantener la flexibilidad sobre sus aeronaves. En este sentido, en el acuerdo existía una opción para adquirir las aeronaves en el año 10 y en el 12, pero no era obligatorio.

Por otro lado, la aerolínea había transferido el riesgo del valor residual a terceras partes, lo cual es fundamental para las aeronaves de fuselaje ancho, que son más volátiles que las de fuselaje estrecho. Esto reduce la exposición de la aerolínea a los riesgos de los mercados financieros (tipos de interés y combustible) que son cubiertos de forma separada con soluciones específicas existentes en los mercados financieros.

72. La estructura iniciada con la operación realizada por Iberia creó mucho interés entre las instituciones financieras españolas. De hecho muchos bancos españoles querían participar en una operación posterior en el año 2006, también con Iberia, formando un sindicato de bancos, pero era necesaria una regulación de la Agencia Tributaria española¹⁵¹. Así que finalmente, de nuevo fue Caja Madrid quien actuó como único inversor al aportar 80 millones de dólares, de un total de 380 millones que suponía la financiación de tres aeronaves de Airbus, modelo A340-600¹⁵².

Esta estructura como en el primer contrato, involucraba a dos *Special Purpose Vehicle (SPV)*, un *head lessor* y un *operating lessor*, los cuales se convertían en sólo una *SPV*, después de dos años. El *operating lessor* efectuaba la amortización acelerada de las aeronaves, lo cual provocaba pérdidas durante este período. De manera, que se traducían en un aplazamiento de los impuestos de la corporación, que es equivalente a recibir un préstamo, que se empieza a pagar a partir del quinto año, pero además la amortización del préstamo se realiza en los siete años siguientes, sin tener que pagar ningún hipotético interés¹⁵³. Cuando Iberia ejerza su opción de compra, en los años 10 o 12, esto generará un superávit para los accionistas, provocando el retorno de la inversión.

73. Se puede afirmar que el primer *SOL* en el que participaban no sólo empresas españolas se produjo en una operación entre la aerolínea brasileña *TAM*, como arrendataria en el *operating lease*, mientras que *ING* y el Banco Santander aportaban el capital¹⁵⁴. Se trataba de financiar un A319 y un A320 a través de un *SOL* a *TAM*, en la que *ING* es la entidad que otorgaba el préstamo, mientras que el Banco Santander, es quien participaba con sus fondos.

¹⁵⁰ “The SOL is shining Iberia”, *Airfinance Journal*, Oct. 2005, p. 11.

¹⁵¹ “RBS and Caja Madrid win Iberia SOL Mandate”, *Airfinance Journal*, Feb. 2006, p. 16.

¹⁵² Los bancos que realizaron el resto de la aportación -300 millones de dólares- a través de préstamos por valor de 100 millones de dólares cada uno fueron: *ING* (banco de origen holandés), *WestLB* (banco alemán) y *Royal Bank of Scotland* (“RBS and Caja Madrid win Iberia SOL Mandate”, *Airfinance Journal*, Feb. 2006, p. 16).

¹⁵³ “RBS and Caja Madrid win Iberia SOL Mandate”, *Airfinance Journal*, Feb. 2006, p. 16.

¹⁵⁴ “TAM closes first cross-border Spain aircraft lease”, *Airfinance Journal*, Sep. 2008, p. 41.

Cuando se realizó la primera operación de *SOL*, se pensó que este tipo de *leasing* no traspasaría la frontera a menos que hubiese inversores muy interesados, tal y como ha sucedido. Efectivamente el *SOL* ofrece un simple beneficio fiscal a los inversores y la estructura otorga a *TAM* una financiación muy competitiva. Las aerolíneas de Sudamérica son bien recibidas por los inversores españoles para llevar a cabo este tipo de operaciones¹⁵⁵.

Sin embargo, en el año 2010, se llevó a cabo el primer *SOL* con una aerolínea del Reino Unido, *Easyjet*. La compañía aérea financió a través de una operación de *SOL* seis Airbus, modelos A319. En la misma, el Banco de Santander realizaba la aportación de fondos, mientras que los préstamos eran realizados por *Credit Agricole-CIB* (banco francés) y *kfW IPEX-Bank* (banco alemán). Al igual que en los otros casos de *SOL*, *Easyjet* disponía de una opción de compra de las aeronaves¹⁵⁶.

74. Aunque el *SOL* ya se estaba utilizando en la industria aeronáutica desde el año 2005, como se ha podido comprobar, es la implementación, a través de la Ley 16/2012, de 27 de Diciembre de 2012, de un nuevo régimen fiscal para determinados contratos de arrendamiento financiero, lo que puede hacer al *SOL* más atractivo y competitivo en el mercado¹⁵⁷. Este nuevo esquema permite la amortización a efectos fiscales del coste de ciertos activos tangibles adquiridos a través de *financial lease*, en cuanto el activo se comience a fabricar¹⁵⁸.

Como ya se ha adelantado, la estructura del *SOL* permite al *operating lessor* compensar las pérdidas generadas por la amortización acelerada del activo alquilado contra las ganancias de otras compañías del mismo grupo. El coeficiente de amortización acelerada es generalmente dos veces el coeficiente correspondiente a la amortización contable. El efecto financiero del aplazamiento del pago del impuesto sobre sociedades de la corporación (en la actualidad del 30%) debe ser compartido con la aerolínea, a través de cuotas de alquiler reducidas bajo el *operating lease* o a través de un precio reducido en la opción de compra.

Además de las ventajas planteadas del *SOL*, con la entrada en vigor de la citada Ley 16/2012, el 1 de enero de 2013, se puso en marcha un nuevo régimen fiscal previsto para determinados contratos de arrendamiento financiero, también llamado *Tax Lease*. El nuevo régimen se aplica a la adquisición de ciertos activos, entre los que se encuentran los buques no construidos en serie y sustituye al anterior *Tax Lease*, que fue objeto de investigación por la Comisión Europea por considerarlo ayuda de Estado¹⁵⁹. A diferencia del *Tax Lease* que se generó en el sector naval, este nuevo régimen fue aprobado por la Comisión Europea mediante Decisión de 20 de noviembre de 2012, al confirmar que no constituye ayuda de Estado, porque entre otras razones, el régimen no es selectivo¹⁶⁰. De hecho, el Tribunal General de la Unión Europea desestimó un recurso presentado por la “Asociación Marítima Holandesa” contra esta última Decisión, señalando dicho tribunal que el antiguo art. 115.11 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades del 2004 –actual art. 106.8 de la Ley de Impuesto de Sociedades del 2014–, relativo a la amortización anticipada para determinados contratos de arrendamiento financiero, goza de naturaleza general y carácter autónomo frente a la medida sectorial, sujeta a aprobación previa del anterior régimen de arrendamiento financiero¹⁶¹.

¹⁵⁵ “TAM closes first cross-border Spain aircraft lease”, *Airfinance Journal*, Sep. 2008, p. 41.

¹⁵⁶ “Easyjet finances six aircraft with SOLS”, *Airfinance Journal*, Nov. 2010, p. 50.

¹⁵⁷ Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, BOE núm. 312, 28 diciembre 2012.

¹⁵⁸ “Spain: Aviation & Tax Briefing”, *Watson, Farley and Williams*, Jan. 2013, disponible en línea en <http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2015/01/WFW-SpainAviationTaxLeasing.pdf> (consultado el 5 de junio de 2016).

¹⁵⁹ El 17 de julio 2013, la Comisión concluye que existe ayuda de Estado ilegal, lo cual implicaba la devolución de las cantidades por los beneficiarios del régimen anterior del “*Tax Lease*” (Decisión 2014/200/UE de la Comisión, de 17 de julio de 2013, relativa a la ayuda estatal SA.21233 C/11 (ex NN/2011, ex CP137/2006) ejecutada por España – “Régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero también conocidos como Sistema español de arrendamiento fiscal” (notificada con el número C(2013) 4426) (DO núm. L 114, 16 abril 2014, p. 1)).

¹⁶⁰ Decisión de la Comisión de 20 de noviembre de 2012, sobre la ayuda estatal SA.34736 (12 N) referente a la aplicación por el Reino de España de un sistema fiscal que permite la amortización anticipada de determinados activos adquiridos mediante un contrato de leasing (notificada con el número C(2012) 8252 final).

¹⁶¹ Sentencia del Tribunal General UE (Sala Séptima) 9 diciembre 2014, *Netherlands Maritime Technology Association c. Comisión*, T-140/13, DO núm. C 34, 2 febrero 2015, pp. 34-35). Esta sentencia recurrida en casación ante el Tribunal de

El nuevo régimen previsto en la Ley 26/2012 permite deducir, a efectos fiscales, el coste de los activos intangibles adquiridos a través del *leasing* tan pronto como éstos se comienzan a fabricar, sin tener que esperar a que realicen la actividad comercial prevista. Esta amortización anticipada se añade a la amortización acelerada, incrementándose los beneficios fiscales.

Este esquema es atractivo incluso cuando se trata de activos producidos fuera de España, no sólo en el caso de que se produzcan dentro de nuestro país. Pero tampoco existe limitación en cuanto a la localización de la aerolínea, es decir que no tiene por qué tratarse de una aerolínea española para poder obtener los beneficios fiscales asociados a determinados contratos de arrendamiento financiero.

Pero sí que se debe precisar que para que se pueda realizar la amortización anticipada es necesario que se trate de activos que tengan la consideración de elementos de inmovilizado material que sean objeto de un contrato de arrendamiento financiero que cumplan simultáneamente tres requisitos¹⁶². En primer lugar, que las cuotas del contrato de *leasing* se satisfagan de forma significativa antes de la finalización de la construcción del activo, como por ejemplo cuando se fijan los conocidos como pre-delivery payments (PDPs) que son realizados por las aerolíneas según la aeronaves van entrando en distintas fases del proceso constructivo. En segundo lugar, que la construcción de estos activos sea por un período mínimo de 12 meses, que en el sector aeronáutico suele ser bastante mayor, sobre todo si se trata de grandes aeronaves civiles. Y en tercer lugar, que se trate de activos que reúnan requisitos técnicos y de diseño singulares, de manera que no se correspondan con producciones en serie; lo cual también se produce en el sector aeronáutico, ya que el fabricante, Airbus o Boeing, tiene que adaptarse a las especificaciones técnicas que le exige cada aerolínea para los distintos modelos de aeronaves.

De manera que, para saber si una aeronave concreta cumple con estos criterios, debe realizarse un análisis caso por caso.

75. Se puede afirmar que después de una caída en la utilización de algunos tipos de *leasing* que estaban disponibles en el mercado hace una década como eran los *JOL* o los *GLL*, existen otros tipos relativamente más nuevos en el mercado como son los *SOL*, que están recibiendo ayudas para su proliferación¹⁶³. La combinación del nuevo incentivo de la amortización anticipada con la amortización acelerada puede incrementar potencialmente los beneficios por el aplazamiento total del pago de impuestos, lo cual convierte al *SOL* en la estructura más atractiva y competitiva de la industria de la aviación¹⁶⁴.

D. Wet Lease

76. El *wet lease* sobre una aeronave supone una transferencia en el uso de la aeronave junto con el personal de cabina, la tripulación, el mantenimiento y el seguro del casco (también conocido con las siglas *ACMI – Aircraft, Crew, Maintenance and Insurance*)¹⁶⁵. Este tipo de *leasing* es utilizado generalmente durante un corto período de tiempo y se adapta mejor a las circunstancias específicas, como puede ser: situaciones provocadas por el fallo mecánico de una aeronave, conocido como *AOG*, que son las siglas del término en inglés “*aircraft on ground*” (podría traducirse como avión en tierra); reemplazo

Justicia ha sido desestimada (STUE 14 abril 2016, *Netherlands Maritime Technology Association/Comisión Europea c. Reino de España*, C-100/15 P, DO núm. C 211, 13 junio 2016, p. 19). Pero además, recientemente la Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2015, ha venido a anular la Decisión de la Comisión del 17 de julio de 2013 –mencionada en una cita previa– que había considerado como ayudas de Estado el anterior régimen de *Tax Lease*, tan utilizado en el sector naval, de manera que los beneficiarios del régimen anterior no tienen que devolver ninguna cantidad (Sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Séptima) 17 diciembre 2015, *Reino de España y otros c. Comisión Europea*, T-515/13 y T-719/13; Sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Séptima) 7 diciembre 2015, *España c. Comisión*, T-515/13 y T-719/13, DO núm. C 59, 15 febrero 2016, pp. 16-17).

¹⁶² Art 106.8 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 288, 28 noviembre 2014 (antiguo art. 115.11 de la anterior Ley del Impuesto sobre Sociedades ya derogada).

¹⁶³ “SOL Searching”, *Airfinance Journal*, Jul. 2006 Supplment, pp. 25-27.

¹⁶⁴ “Spain: Aviation & Tax Briefing”, *Watson, Farley and Williams*, Jan. 2013, disponible en línea en <http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2015/01/WFW-SpainAviationTaxLeasing.pdf> (consultado el 5 de junio de 2016).

¹⁶⁵ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 229.

temporal en el caso de una pérdida total o de un daño parcial de la aeronave; fuerte facturación programada de un avión de una flota; requerimientos contractuales temporales tales como el transporte de equipos deportivos; introducción de una nueva ruta; período provisional antes de la entrega de un nuevo avión; o necesidades estacionales o picos de trabajo.

Un *wet lease* es similar a un *charter* de una aeronave, salvo que el arrendatario en el *wet lease* debe ser una aerolínea que tenga sus propias licencias y permisos para operar y la aeronave debe ser operada bajo el código que designa el vuelo y las autoridades de la ruta del arrendatario. Sin embargo, en una aeronave operada bajo un *charter*, puede ser contratado por cualquiera, pero es operado únicamente bajo las licencias, permisos y autoridades del operador del *charter*. Durante el *wet lease* la aeronave está registrada bajo la autoridad de aviación del Estado del arrendador, pero puede ser diferente de la del arrendatario, mientras que el personal de cabina serían empleados del arrendador¹⁶⁶.

En definitiva, el arrendatario decide los vuelos que van a ser realizados, sujeto a las limitaciones impuestas por las condiciones del contrato de *leasing*, mientras que el arrendador mantiene exclusivamente el control operacional sobre todos los vuelos. De hecho, el arrendador es el único autorizado para: determinar si un vuelo particular puede ser operado con seguridad; destinar miembros del personal de cabina para la realización de determinados vuelos; dirigir los miembros del personal de cabina; e iniciar y terminar vuelos.

Por lo que respecta al comandante de la aeronave, éste mantiene el control de la aeronave, como ocurre en todas las operaciones comerciales. Éste tiene total discrecionalidad respecto de las operaciones de la aeronave y el arrendatario debe aceptar sus decisiones. También tiene completa autoridad sobre la el personal de cabina y la tripulación, y sus derechos durante los vuelos.

Debido a que es típico que el *wet lease* dure poco tiempo, la aeronave permanece en las instalaciones de la compañía aérea arrendadora, aunque debe aparecer temporalmente el nombre de la compañía arrendataria y el logo en el fuselaje. Si el período de *leasing* es mayor, puede trasladarse la aeronave a las instalaciones de la compañía arrendataria, pero esto tiene un coste.

En resumen, el arrendatario bajo un *wet lease* es responsable de posicionar la aeronave en un lugar acordado, en una fecha determinada, a disposición del arrendatario, que utiliza la aeronave según el acuerdo alcanzado como si fuera una aeronave de su propia flota¹⁶⁷.

77. El arrendador y el arrendatario deben indemnizar al otro respectivamente con respecto a riesgos específicos. El arrendador es responsable de los daños causados a la aeronave, por lo que debe indemnizar al arrendatario por cualquier reclamación por daños, salvo que se haya producido por negligencia o mala conducta deliberada del arrendatario.

También debe indemnizar el arrendador al arrendatario por cualquier reclamación realizada por terceras personas en relación con las obligaciones del arrendador, salvo por: daños incidentales como los derivados de la pérdida de ingresos u otros beneficios económicos; pérdidas que surjan de reclamaciones hechas en relación con los pasajeros, equipaje, carga y correos; pérdidas que surja de la negligencia o mala conducta deliberada del arrendatario; y pérdidas de las que el arrendatario asume la responsabilidad de conformidad con los términos y condiciones del contrato de *leasing*¹⁶⁸.

En cualquier caso, es necesario asegurarse de que cada parte con respecto a la otra, es capaz de cumplir con sus obligaciones en cuanto a las indemnizaciones y además se realiza correctamente, de conformidad con los requisitos legales. Por lo tanto, cada parte debe realizar el seguro adecuado, conforme a los tipos y en las cantidades señaladas en la industria del transporte de aviación civil¹⁶⁹. Cada parte

¹⁶⁶ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 230.

¹⁶⁷ Para un análisis detallado de las obligaciones de arrendador y arrendatario bajo un *wet lease* vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 230-232.

¹⁶⁸ Para un mayor detalle en cuanto a las indemnizaciones a realizar por ambas partes vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 232-233.

¹⁶⁹ Existen regulaciones en la materia, entre los que deben mencionar el Reglamento (CE) núm. 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002 (DO núm. L 140, 30 mayo 2002), por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997 (DO núm. L 285, 17 octubre 1997) sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso accidente, que tiene como ámbito de aplicación: "El presente Reglamento desarrolla las disposiciones pertinentes del Convenio de Montreal en relación con el transporte aéreo de pasajeros y su equipaje y establece determinadas dispo-

debe nombrar a la otra en la póliza de seguro como un coasegurado o como beneficiario o como ambos, tal y como sea lo adecuado, de manera que cada parte recibirá un certificado del seguro de la otra parte al comienzo del *leasing*.

78. La renta a pagar en un contrato de *wet lease* por el arrendatario al arrendador se basa y se calcula en método diferente al utilizado con respecto a un *dry lease*, que es un *leasing* de una aeronave sin tripulación o prestación de servicios. En un *wet lease* la renta es calculada en términos de horas de vuelo mínimas y extras, pero además incluye los costes de amortización de la aeronave, salarios de la tripulación, mantenimiento, seguros y beneficios del arrendador¹⁷⁰. Normalmente en un *wet lease* el arrendatario asume pagar al arrendador una cantidad igual al número de horas realizadas en un determinado período, normalmente un mes, de manera que se garantiza un mínimo número de horas. Después, el arrendatario pagará cada hora adicional en exceso, pero a un precio más bajo.

La renta y otras obligaciones de pago bajo el *wet lease* son generalmente asegurados por un depósito de garantía pagado por el arrendatario en efectivo o en forma de una irrevocable "letter of credit" a beneficio del arrendador o un fideicomiso. Sin embargo, como se ha podido comprobar debería ser el arrendador en vez del arrendatario el que debería realizar el depósito de garantía para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

Con respecto al pago del alquiler en sí mismo, el arrendatario normalmente paga de dos a cuatro semanas por adelantado, en base al mayor número de horas que van a ser realizadas de acuerdo con los vuelos programados acordados o al mínimo número de horas garantizadas. Las horas extras son normalmente pagadas diez días después de cada período de alquiler junto con otras cargas que se le deban pagar al arrendador bajo el acuerdo de *leasing*.

79. Cuando se trata de un *wet lease* donde arrendador y arrendatario operan bajo la jurisdicción de la misma autoridad de aviación civil, existen pocos problemas regulatorios. Pero cuando no se da esta circunstancia y ambas partes operan bajo distintas autoridades, se plantean serios problemas en aspectos tales como: el consentimiento de la autoridad de aviación civil del arrendatario, el mantenimiento de la aeronave, el personal de vuelo o los prestamistas de los arrendadores¹⁷¹.

E. Sale and Leaseback

80. Aunque ya se ha explicado al tratar los tipos de *capital lease*, se incluye en esta categoría también, porque puede ser tanto un *capital lease* como un *operating lease*.

IV. Clasificación de los contratos de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles

81. Este análisis de la dimensión económica del *leasing*, es fundamental para estudiar la dimensión jurídica del *leasing*. Si se está ante un caso de *operating lease*, tanto si se trata de una de las complejas figuras estudiadas en el epígrafe anterior, como pueda ser el *JOL*, u otro tipo más sencillo, es importante determinarlo. Pues si se tratara de este último supuesto, probablemente se va a reflejar en

siciones complementarias. También hace extensiva la aplicación de dichas disposiciones al transporte aéreo en el interior de un Estado miembro". Así como, se debe mencionar por su importancia el Convenio de Roma de 1952 sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Instrumento de Ratificación del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, firmado en Roma el 7 de octubre de 1952, BOE núm. 117, 17 mayo 1961). Habrá que estar a lo que establezcan dichos instrumentos internacionales en materia de seguros.

¹⁷⁰ Para el cálculo de la cuota de alquiler se distingue entre "block hour" y "flight hour". Para comprender la diferencia entre cada uno de estos términos *vid.* D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 234.

¹⁷¹ Para un análisis en profundidad de estos problemas, surgidos fundamentalmente por la dificultad en un *wet lease* de delimitar las funciones y obligaciones de arrendador y arrendatario *vid.* D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 235-244.

la práctica en un contrato de arrendamiento operativo o lo que es lo mismo un contrato de alquiler en sentido estricto, que como se verá al estudiar esta modalidad contractual, en todos los ordenamientos será calificado como un contrato de prestación de servicios¹⁷². Eso sí, dentro de estos contratos de arrendamiento operativo de aeronaves, se debe distinguir también entre los contratos de alquiler de aeronaves conocidos como *dry lease* y los denominados *wet lease*.

Sin embargo, si se trata de un *financial* o *capital lease*, lo habitual es que dado que al financiar la adquisición de grandes aeronaves civiles, el valor económico de la operación provoca que se lleve a cabo mediante algún tipo de *leveraged lease*, éste se materialice a nivel jurídico a través de grupos de contratos, conocidos como “*ensemble conventionnel complexe*”, en los que lo habitual es que la autonomía de la voluntad conflictual rijan dichos contratos. No es común, ni en cierto modo lógico -por la magnitud económica que adquieren estas operaciones- que cuando se trata de la financiación de grandes aeronaves civiles se recurra a un contrato de arrendamiento financiero o de *leasing*, utilizado habitualmente en los distintos Estados -tanto en los que rige el *Common Law* como en los países donde rige el Derecho Civil- para la adquisición de otros bienes de equipo como pueden ser los automóviles o los equipos informáticos¹⁷³. Sin embargo, se va a estudiar pues el contrato de arrendamiento financiero de manera separada, puesto que aunque se usa menos para la financiación de aeronaves que para otros bienes de equipo, el hecho es que se utiliza y además, es la base para comprender las operaciones de *leasing* más complejas, como los citados *leverage lease*.

82. Por lo tanto, en primer lugar, se va a analizar la competencia judicial internacional y la ley aplicable al contrato de arrendamiento financiero internacional en el marco de la Unión Europea¹⁷⁴. Aunque existe incidencia de la normativa europea en materia de financiación o de ordenación bancaria sobre los mismos, no van a tratarse en el presente trabajo por tratarse de normas imperativas que deben cumplirse independientemente de la ley que regule el contrato¹⁷⁵. Por otro lado, las normas materiales contenidas en la Convención de Ottawa sobre arrendamiento financiero internacional han tenido una relevancia escasa en la práctica internacional, por lo que tampoco va a ser estudiado en profundidad¹⁷⁶.

Después se van a tratar los *financial lease* cuando forman un grupo de contratos, que se redactan con el objetivo de reflejar jurídicamente una gran operación que tiene como objeto financiar la adquisición de grandes aeronaves civiles. Estas operaciones son intrínsecamente internacionales, por lo que también se va a estudiar la competencia judicial y la ley aplicable a los mismos.

83. Por último, aunque el *operating lease* se refleja en un contrato más fácil de tipificar, se deben diferenciar los contratos denominados como *dry lease* de los *wet lease*, sobre los cuales se estudiará tanto la competencia judicial como la ley aplicable a los mismos.

¹⁷² Como se ha podido comprobar, cuando se trata de un *JOL* o de otra clase de *operating lease* que sea compleja, aunque también se reflejan a nivel jurídico en grupos de contratos, la operación finaliza con un contrato de arrendamiento operativo entre la aerolínea como cliente y la empresa que lo arrienda, normalmente una *SPV*. Mientras que por otro lado, puede tratarse de un *operating lease* más sencillo, realizado entre cualquiera de los denominados *operating lessor*, como *GECAS* o *ILFC* como arrendadoras y las aerolíneas como clientes, en el que el contrato de arrendamiento operativo es el único contrato.

¹⁷³ En los países de la Unión Europea al contrato de arrendamiento financiero se le conoce como tal o como contrato de *leasing*, pero son el resultado de operaciones de financiación de aeronaves conocidas como *financial* o *capital lease*. Así que para evitar confusiones de esta clase de *leasing* con los *operating lease*, dicho contrato será denominado de arrendamiento financiero.

¹⁷⁴ En cuanto a Estados Unidos, que es un Estado plurilegislativo, no cuenta con normas de Derecho internacional privado, de manera que si un Estado se declara competente en virtud de sus normas de competencia judicial internacional, dicho Estado va a aplicar su propia ley. Nos interesa conocer en caso de litigio las normas de aplicación de la Unión Europea y Estados Unidos, porque los mayores fabricantes Airbus y Boeing tienen su sede en Francia y Estados Unidos respectivamente, pero si se planteara un litigio en cualquier otro Estado, éste aplicaría sus normas internas para resolver las cuestiones arriba planteadas.

¹⁷⁵ Art. 9 Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE núm. L 177, 4 julio 2008, p. 13.

¹⁷⁶ Convención de UNIDROIT del que Francia, Italia y Estados Unidos son parte, pero España y Alemania no lo son, por lo que su importancia va a ser relativa. Además establece requisitos tan restrictivos para su aplicación, que en la práctica su uso ha sido muy escaso. *Vid.* el ámbito de aplicación material y espacial de la Convención de UNIDROIT en P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 80-83.

V. Contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles

1. Cuestiones preliminares

84. La interacción entre Derecho y Economía, necesaria para poder tener una visión interdisciplinaria de los problemas se refleja en el *leasing*, en concreto en el *financial lease*, que tal y como lo definen algunos autores, es una técnica jurídica al servicio de un requerimiento económico de crédito a mediano y largo plazo¹⁷⁷.

Como ya se ha visto al analizar la dimensión económica del *leasing*, en una operación sencilla de *leasing* financiero o *financial lease* existen tres centros subjetivos de dicha operación que son: la aerolínea interesada en el uso del bien, que pretende disfrutar de él en unas condiciones de financiación beneficiosas para la aerolínea y para la empresa a la que pertenece la aeronave, y aunque adquiere la aeronave sin adquirir la propiedad, no desecha su futura adquisición, puesto que existe una opción de compra; la sociedad de *leasing*, que es la intermediaria en la operación de financiación, es la que procura el uso de la aeronave y se asegura el importe correspondiente a la financiación de la misma, conservando la plena propiedad de la aeronave; y por último, el fabricante de las aeronaves que es el vendedor y que encuentra en el *leasing* una forma de incrementar sus ventas, precisamente porque el coste de adquisición de las aeronaves es muy elevado y es más fácil que las adquiera una sociedad de *leasing*, sobre todo cuando se trata de aerolíneas nuevas o pequeñas¹⁷⁸.

85. Esta es una figura contractual, que como otras muchas figuras contractuales más modernas como pueda ser el *factoring*, es el reflejo de la racionalidad económica a la que tiende la empresa a través de contratos de cooperación o contratos conexos o grupos de contratos, en los que ya no se trata de entregar un bien y pagar por él, sino de habilitar los instrumentos jurídicos que sean pertinentes para que los sujetos intervinientes en esta operación desarrollen su actividad, con el menor riesgo, a la vez que incrementan su interés empresarial¹⁷⁹. Por ello, como ya se podido comprobar, el *leasing*, tanto el *financial lease* como el *operating lease*, es una institución vital para las economías y una alternativa financiera para cualquier empresa, permitiendo a dichas empresas una mayor dinamicidad de sus inversiones¹⁸⁰.

Por lo tanto, el *leasing* como se ha venido afirmando por la doctrina es muy frecuente en la dinámica de los contratos de empresa, aunque esto no significa que cada vez más trascienda el ámbito empresarial¹⁸¹. Si se define contrato de empresa como aquél que es utilizado por un empresario, entonces en principio no entrarían dentro de este concepto ni el *leasing* público, ni el *leasing* de consumo¹⁸². Sin

¹⁷⁷ M.-A. BONFANTI, *Contratos bancarios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 265.

¹⁷⁸ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 26; M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 55; M. DE TORRES ZAPATERA, "El arrendamiento financiero en Derecho inglés", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 76; J.-L. COLINO MEDIAVILLA, "El *leasing* financiero en Italia", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 110; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, "Régimen jurídico del *leasing* en Portugal", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 142; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, "El contrato de *leasing*", en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 229.

¹⁷⁹ Cuando es necesario desarrollar varios contratos para llevar a cabo un *leasing*, a estos contratos algunos autores les denominan contratos de cooperación, pero la denominación más común es grupo de contratos o "*ensemble conventionnel complexe*" en francés (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 795).

¹⁸⁰ Sobre el *leasing* y en concreto sobre las ventajas fiscales, financieras y de obsolescencia del *operating lease* vid. E.-T. CASTELLO TALIANI, *Estudio económico de los contratos de leasing y su captación en los informes contables*, Ministerio de Economía y Hacienda/ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1989, pp. 32 y 57-62.

¹⁸¹ Esta calificación del contrato de *leasing* como contrato de empresa es un aspecto en el que coinciden la mayoría de los ordenamientos, pues surge como consecuencia de la práctica empresarial.

¹⁸² Sobre el *leasing* público y el *leasing* de consumo vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 27-31. En esta misma línea, aunque en Derecho italiano existe la posibilidad de que el *leasing* se realice por un consumidor, pues las normas no exigen que se destine el bien cedido al ejercicio de una actividad, los formularios y las normas fiscales y sobre subvenciones provocan que en la mayoría de los casos el usuario ejercite una actividad económica a la que destina el bien. Algo parecido sucede en Derecho portugués, donde tampoco se impide el *leasing* por consu-

embargo, este problema no se va a abordar en el presente trabajo porque se van a estudiar los contratos de *leasing* de grandes aeronaves civiles entre empresas que son los casos más comunes, no tratando casos más puntuales de la adquisición de las grandes aeronaves civiles por particulares con elevado poder adquisitivo –porque el precio aunque sea de una sola aeronave es muy alto–, ni por entes públicos.

86. Cuando las aerolíneas necesitan de una aeronave o aeronaves para poder explotarlas, éstas disponen de dos opciones de inversión: o bien la adquisición de las mismas, a través de la financiación (arrendamiento financiero), o el alquiler (arrendamiento operativo). Y todo ello, teniendo en cuenta las posibilidades de obtener financiación por parte de la aerolínea, así como la capacidad de asumir los riesgos asociados con la propiedad de la aeronave, como por ejemplo el riesgo de obsolescencia de la misma.

Una vez que la aerolínea decide adquirir la propiedad de la aeronave, debido a la necesidad de atender a un mercado, el aéreo, -que ha seguido creciendo a pesar de la crisis y que se espera que siga creciendo en los próximos años-, durante un plazo prolongado de tiempo, que coincide con la vida económica de la aeronave, ésta toma la decisión de recurrir a la financiación, en concreto a través del arrendamiento financiero. Este es un sistema alternativo a otros sistemas de financiación como pudieran ser los préstamos, y con un atractivo sistema tributario, a través del cual la sociedad de *leasing* concede el crédito necesario para la adquisición de la aeronave y se reserva la propiedad de los mismos como garantía de la devolución del crédito concedido. Es una forma de incentivar la inversión mediante un tratamiento fiscal adecuado y más favorable que la adquisición directa de la aeronave de la aerolínea al fabricante, por ejemplo a través de un préstamo.

Así pues, se va a proceder a delimitar el ámbito operativo del arrendamiento financiero, que supone la participación de una sociedad de financiación o *leasing*, que prácticamente no tiene ninguna responsabilidad frente a la aerolínea arrendataria, y que se enmarca dentro del contrato de empresa, es decir entre profesionales¹⁸³. Desde el punto de vista del arrendador, los requisitos exigidos a la sociedad de *leasing* y su posición especial en el contrato de arrendamiento financiero hace que sea prácticamente imposible el ejercicio no profesional de esta actividad¹⁸⁴. Desde el punto de vista de la aerolínea arrendataria, el análisis de la razón de ser económica del arrendamiento financiero, le confiere una dimensión de contrato de empresa pero, sobre todo, de contrato de financiación.

Por lo tanto, se puede decir que a través del arrendamiento financiero no se financia el uso de la aeronave, sino su adquisición, lo que supone que el haber optado por este tipo de *leasing* como forma de financiación, implica que se ha optado por la adquisición en el plano de la inversión¹⁸⁵. Sin embargo, existen opiniones con las que es lógico estar de acuerdo de que el arrendamiento financiero no puede ser tratado exclusivamente como una decisión de financiación, posterior a la decisión de inversión o adquisición de la aeronave o aeronaves, sino que también es una decisión de inversión. En este sentido, aunque normalmente la decisión de inversión se realiza previamente a la decisión de financiación, la posibilidad de llevar a cabo un acuerdo de arrendamiento financiero forma parte del análisis de adquisición de la aeronave más que tratarse de una materia puramente financiera. Por lo tanto, no se puede

midores, pero suele emplearse por profesionales, teniendo por objeto bienes destinados a sus fines empresariales (M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 145). Sin embargo, en otros ordenamientos, dentro de los contratos de arrendamiento financiero se incluyen los de *leasing* de consumo, siendo este el caso del UCC de Estados Unidos, a los que además de la normativa existente en materia de arrendamiento financiero, se les aplica la normativa sobre protección de consumidores aplicable (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 56).

¹⁸³ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 32.

¹⁸⁴ Aunque esto es así en la mayoría de los ordenamientos, en el *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos, no es necesario que intervenga una sociedad de *leasing* para que sea considerado un arrendamiento financiero como tal (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 55-57).

¹⁸⁵ En este sentido *vid.* A. DURÁN-SINDREU BUXADÉ, *Fiscalidad de las operaciones de leasing: reflexión en torno a su conveniencia y análisis de posibles controversias*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 16. De nuevo, esto se cumple en la mayoría de los ordenamientos, a excepción del *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos, donde los verdaderos arrendamientos cuyo objetivo es financiar el uso –no sólo la adquisición–, también son considerados arrendamientos financieros (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 56).

separar la decisión de adquirir una aeronave de la elección del método de financiación, ya que dependiendo del modelo de financiación, puede ser o no rentable la adquisición de la aeronave¹⁸⁶. Desde este punto de vista, el arrendamiento financiero se puede plantear no sólo como financiación, sino también como inversión, aunque es la financiación la que atribuye las características particulares y específicas al arrendamiento financiero.

A. Calificación del contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles

87. La calificación que es una operación jurídica que tiene lugar en todos los sectores del Derecho, en el caso del arrendamiento financiero adquiere mucha relevancia, debido a su especial naturaleza de contrato o contratos dirigidos a la financiación, como ya se ha señalado anteriormente y a la complejidad del contrato de arrendamiento financiero. Sin embargo, en el caso del Derecho internacional privado, la calificación presenta la particularidad de que la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero internacional, -al contrario de lo que sucede con otras instituciones- no es muy distinta entre la mayoría de los Derecho estatales europeos¹⁸⁷. Aunque sí que existe alguna diferencia mayor con respecto al tratamiento que recibe este tipo de contratos, en los ordenamientos anglosajones. Es más, cabe afirmar que la calificación y por tanto, la regulación de este tipo de contratos realizada por las leyes del Reino Unido son muy distintas a las dispensadas por las de Estados Unidos.

En cualquier caso, se va a analizar cómo se califican las operaciones de arrendamiento financiero tanto desde el punto de vista del Derecho comparado, es decir de las legislaciones de los distintos Estados, como desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

88. Naturaleza jurídica. Al hacer un análisis de Derecho comparado, para la calificación del arrendamiento financiero, es decir para determinar su naturaleza jurídica, la jurisprudencia y la doctrina, tanto españolas como extranjeras, sobre todo las europeas -que son los que se plantean más los problemas de calificación- han estado dudando entre su consideración como simple arrendamiento, como negocio fiduciario, como venta a plazos o como venta condicional, entre otros.

89. Es precisamente el componente de financiación lo que permite que se distinga del puro arrendamiento y del alquiler con opción a compra.

Con respecto a este último caso, se debe decir que una de las diferencias con el contrato de arrendamiento financiero es que en éste no es obligatorio que exista opción de compra y que en el caso de que sea un elemento inherente a dicho contrato, como ocurre en la legislación española, su ejercicio es totalmente voluntario para el usuario¹⁸⁸. Además, con el alquiler con opción de compra, llamado en inglés *hire purchase*, se atribuye automáticamente al comprador la propiedad del bien cuando ya se ha pagado el precio de venta, mientras que en el arrendamiento financiero esta transferencia de la propiedad requiere la aceptación de la compra al finalizar el contrato por parte de la aerolínea arrendataria, pero también puede optar por la devolución de la aeronave o por la renovación del contrato de arrendamiento

¹⁸⁶ Vid. E.-T. CASTELLO TALIANI, *Estudio económico de los contratos de leasing y su captación en los informes contables*, Ministerio de Economía y Hacienda/ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1989, pp. 70-73.

¹⁸⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 409. Sobre las diferentes tesis para solucionar el problema de la calificación en Derecho internacional privado vid. A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, pp. 409-416.

¹⁸⁸ Sobre operaciones de arrendamiento financiero en Derecho español vid. la Disposición Adicional 3^a.1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, BOE núm. 156, 27 junio 2014. El contenido de dicha norma es el mismo que el de la norma que deroga, que es la Disposición Adicional 7^a.1 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, BOE núm. 182, 30 julio 1988. Esto nos viene a indicar que la definición del contrato de arrendamiento no ha sido modificada en el período que existe entre ambas normas. Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, sobre el contrato de arrendamiento financiero, se establece que incluir la opción de compra en dicho contrato sea opcional y no obligatorio (art. 576-1.1 Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 y aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de junio de 2014, disponible en línea en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html (consultado el 30 de junio de 2014)).

financiero¹⁸⁹. Otra diferencia entre ambas figuras es que en el alquiler con opción a compra, este alquiler puede ser finalizado en cualquier momento y es el arrendador el que garantiza la adecuación de la aeronave para el uso y disfrute de la aeronave y se responsabiliza de los daños causados; mientras que en el arrendamiento financiero esa responsabilidad recae sobre la aerolínea arrendataria, que aunque no es considerada la propietaria de la aeronave, asume la responsabilidad y el riesgo similares a los que se le atribuyen en el alquiler con opción a compra al arrendador¹⁹⁰.

Por otro lado, el arrendamiento financiero tampoco puede ser calificado como un arrendamiento en sentido puro, puesto que no sólo se cede el uso de la aeronave a cambio de una cuota —que es en lo que consiste el arrendamiento—, sino que el arrendamiento financiero tiene un objetivo económico específico que es la financiación de dicha operación de *leasing* a través de sociedades constituidas para ello, con intervención directa o no del fabricante de las aeronaves¹⁹¹. Aunque en algunos ordenamientos, como es el caso de Estados Unidos, a pesar de reconocer las diferencias entre un arrendamiento financiero y un arrendamiento común, dentro de los contratos de arrendamiento financiero se incluyen los contratos que constituyen verdaderos arrendamientos, cuyo fin es financiar el uso de la aeronave y no la adquisición¹⁹².

90. También se ha llegado a considerar al arrendamiento financiero como un tipo de préstamo, puesto que desde un punto de vista económico, presenta muchas de sus características¹⁹³. Concretamente el arrendamiento financiero podría ser entendido como una operación de préstamo con garantía real. Sin embargo, son figuras distintas porque la propiedad en el caso del arrendamiento financiero la tiene el arrendador o sociedad de *leasing*, hasta que la aerolínea arrendataria decida ejercer o no la opción de

¹⁸⁹ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 34; M. DE TORRES ZAPATERA, “El arrendamiento financiero en Derecho inglés”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 71-73.

¹⁹⁰ Los jueces españoles dejan esto claro en varias sentencias. *Vid.* Sent. Aud. Prov. de Santa Cruz de Tenerife, 26 septiembre 1992, *Revista General de Derecho*, núm. 582, 1993, pp. 2566 y ss.; Comentario a esta sentencia de E. RODRÍGUEZ ROVIRA, “Incumplimiento de la obligación de entrega en los contratos de *leasing*”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 52, 1993, pp. 1177 y ss. En esta sentencia se afirma que la sociedad de *leasing* no es responsable de la falta de entrega de los bienes objeto del contrato, debiendo limitarse a la adquisición de la propiedad de acuerdo con las indicaciones efectuadas por el arrendatario, quien en caso de incumplimiento podrá acudir a la cláusula de subrogación expresa, y actuar frente al fabricante o proveedor, que es sobre quien recae esa obligación, y en relación con el contrato de compraventa. *Vid.* STS, 26 junio 1986, *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 4786. En esta sentencia se especifica que el bien, que en nuestro caso sería la aeronave, es entregado por el fabricante o proveedor directamente al arrendatario, quien lo recibe por cuenta y en nombre del arrendador, siendo por cuenta del arrendatario los gastos que origine la entrega, tales como el transporte, montaje e instalación. Por lo tanto se produce, al igual que en la primera sentencia analizada, una exención de responsabilidad de la empresa de *leasing* y una subrogación del arrendatario en los derechos del arrendador respecto de las acciones que éste tuviera que hacer como comprador frente al vendedor. Pero no sólo es considerado así en Derecho español, sino que en otros ordenamientos como el italiano, también se exonera de responsabilidad a la sociedad de *leasing* por falta o retraso en la entrega, o por vicios en el bien (J.-L. COLINO MEDIAVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 124-127). De la misma manera, en el Derecho portugués, las relaciones entre el vendedor y el arrendatario se basan en el reconocimiento legal de una acción directa por parte del arrendatario frente al fabricante o proveedor del bien, para el ejercicio de todos los derechos relativos al bien objeto de *leasing* o que surjan del contrato de compraventa (M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 160-163). En el caso del UCC de Estados Unidos, establece en esta misma línea, que los compromisos asumidos por el arrendatario en todo arrendamiento financiero, que no sea de consumo, se hacen irrevocables e independientes con la aceptación del bien arrendado (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 60-63).

¹⁹¹ En el entorno de la normativa italiana, se afirma que en el arrendamiento financiero la prestación consiste en la concesión del uso del bien y no, como sucede en el arrendamiento, en la obligación del propietario de procurar el disfrute de la cosa (E.-M. BEY, “De la location financière ou “locazione finanziaria” en Italia”, *Droit et Pratique du Commerce Internationale*, vol. 13, 1987-3, pp. 543 y ss.). También, en su momento, en la doctrina española se estudió la perspectiva arrendaticia del *leasing* (R. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA/ T. DE GISPER PASTOR, “La operación de *leasing* ¿es una operación de crédito?”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 31, 1988, pp. 487 y ss). Sin embargo, en la actualidad, en ambos ordenamientos —en el italiano y en el español— se diferencia de forma clara el arrendamiento financiero del arrendamiento simple (J.-L. COLINO MEDIAVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 116-117; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 221).

¹⁹² M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 56.

¹⁹³ L. RÉCZEI, “Leasing and its Unification”, *Unification. Liber Amicorum J. Sauveplanne*, Kluwer, Deventer, 1984, p. 217.

compra, mientras que en un préstamo con garantía real, la propietaria desde un primer momento es la aerolínea¹⁹⁴. Además, en el préstamo con garantía real existe la obligación de devolver la cantidad de dinero prestada, lo cual no se observa en el arrendamiento financiero¹⁹⁵.

91. Por otro lado, se ha destacado su similitud con la venta a plazos¹⁹⁶. Sin embargo, en ciertos Estados en los que existe una regulación sobre la venta de bienes muebles a plazos se excluyen expresamente los contratos de arrendamiento financiero¹⁹⁷. Pero además, como ya se ha señalado antes, el arrendamiento financiero tiene un carácter tripartito, en el que el beneficiario de la garantía es una entidad financiera intermediaria y el objeto, una operación de financiación para adquirir¹⁹⁸. Mientras que, la venta a plazos se trata de una operación bipartita entre el comprador y el proveedor o fabricante, y las garantías sobre la propiedad retenida favorecen, no a una entidad financiera, sino al proveedor o fabricante, estando destinado a facilitar el intercambio de bienes, no a la financiación¹⁹⁹.

También es diferente el arrendamiento financiero de la venta con precio aplazado, porque aunque se partiera de la tesis de la bilateralidad del contrato de arrendamiento financiero y a pesar de que en dicho contrato, normalmente el arrendatario está obligado a adquirir el bien objeto de *leasing*, -en nuestro caso la aeronave-, por razones económicas, la opción de compra por parte del arrendatario es libre, lo cual no sucede con la venta con precio aplazado²⁰⁰. En este sentido, la intervención de la socie-

¹⁹⁴ En la jurisprudencia española la cuestión está bastante clara. *Vid.* STS Granada, 20 julio 1992, *Revista General de Derecho*, núms. 589-590, 1993, pp. 11121 y ss. Donde se afirma que en el arrendamiento financiero, existe un contrato de compraventa perfecto donde se traslada el dominio hasta el comprador, sociedad de *leasing*, con independencia de que la causa de la transmisión sea la operación posterior de *leasing*, siendo necesario que el arrendatario ejercite la opción de compra para que éste sea el titular del dominio.

¹⁹⁵ *Vid.* Sent. Audiencia Provincial de Madrid, 8 junio 1993, *Revista General de Derecho*, núms. 589-590, 1993, pp. 10541 y ss. En esta sentencia se señala que en el art. 1740 Código Civil español se establece respecto del préstamo, la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, lo cual no se cumple en el contrato de arrendamiento financiero. *Vid.* N. CORBO, *Autonomía privada e causa de financiamiento*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 188. Donde el autor afirma que aunque el contrato de arrendamiento financiero tiene su origen en la financiación, no se trata de un contrato de crédito, en virtud del cual se concede al arrendatario una cantidad de dinero que debe ser devuelta, porque si fuera así éste debería devolver una suma que no ha percibido.

¹⁹⁶ En este sentido, la jurisprudencia española ya resalta las similitudes entre ambas figuras (STS, 8 junio 1993, *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 852; Comentario a esta sentencia de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “El *leasing* financiero y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIII, 1980, pp. 758 y ss). Pero además el Tribunal Supremo español también señala la diferente naturaleza que existe entre la venta a plazos con reserva de dominio y el arrendamiento financiero, en la que el arrendamiento financiero debía excluirse de la normativa de la venta a plazos, por ser ajena a la intención de las partes (STS, 10 abril 1981, *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 1532).

¹⁹⁷ En la legislación española, el ya derogado Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre Medidas Fiscales, Financieras y de Inversión (BOE núm. 50, 28 febrero 1977), en su art. 21, excluía el arrendamiento financiero del ámbito de la entonces Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos (BOE núm. 173, 21 julio 1965). La ley anterior está derogada por la actual Ley 28/1998, sobre Venta a Plazos de Bienes Muebles, donde en su art. 5 se excluyen expresamente los contratos de arrendamiento financiero, aunque prevé la posibilidad de que determinados arrendamientos, los que tienen por objeto los bienes muebles corporales, no consumibles e identificables, puedan inscribirse en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE núm. 167, 14 julio 1998).

¹⁹⁸ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 37.

¹⁹⁹ *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, *Garantías reales en el comercio internacional. Reserva de dominio, venta en garantía y leasing*, Civitas, Madrid, 1993, p. 211. Sin embargo, este autor reconoce que el hecho de que si una venta a plazos se somete al mismo régimen que los préstamos de financiación, realizando la cesión de la reserva de dominio a la entidad financiera, provoca que no exista diferencia entre el *leasing* con finalidad traslativa y la venta a plazos con reserva de dominio. Esto es debido a que con esta última, gracias al préstamo de financiación concedido al vendedor o fabricante, la reserva de dominio se traslada a la entidad financiera que ha satisfecho al fabricante el valor del bien, subrogándose en todos sus derechos frente al acreedor, incluyendo la reserva de dominio. Aunque evidentemente para llegar a esta conclusión es necesario que el arrendamiento tenga finalidad traslativa, que no siempre se cumple -como se podrá comprobar-, además se está dejando de lado el otro componente que es sustancial en el *leasing*, el arrendamiento, y que no se observa en la venta a plazos con o sin reserva de dominio. Este mismo argumento es el utilizado en Derecho italiano para distinguir al arrendamiento financiero de la compraventa a plazos con reserva de dominio, sin olvidarse de que en esta última la finalidad esencial es vender, mientras que en el arrendamiento financiero la finalidad es la intermediación financiera (J.-L. COLINO MEDIAYLLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 117). Por no mencionar, las ventajas fiscales, contables, registrables y concursales con las que cuenta el *leasing* frente a la venta a plazos con reserva de dominio, señaladas en la UCC de Estados Unidos (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 46).

²⁰⁰ Por ejemplo en el Derecho español, la DGRN en su Resolución de 12 de mayo de 1994, excluye la vinculación automática entre el contrato de *leasing* y el efecto traslativo (Resol. DGRN de 12 de mayo de 1994, *BIMJ*, núm. 1714, 25 julio

dad de *leasing* en el contrato de arrendamiento financiero, no es la de una promoción de ventas, sino la de obtener un beneficio como consecuencia del servicio financiero que realiza y no se trata de aplazar el pago de una cantidad debida desde un primer momento, sino que el plazo determina el interés a pagar y forma parte de la esencia del negocio²⁰¹.

Sin embargo, como ocurría con la tendencia que se observaba entre las empresas de Estados Unidos a no querer dejar claro si se trataba de un *capital lease* o de un *operating lease*, también existía en Europa por parte de las empresas un interés en disimular las ventas a plazos a través del arrendamiento financiero, como consecuencia de las ventajas fiscales del mismo²⁰². El que sea considerado como una u otra figura va a depender de la verdadera intención de las partes, ya que como la calificación de un contrato se realiza en función del contenido obligacional convenido, debe observarse la verdadera naturaleza del contrato derivada de la intención real de las partes contratantes²⁰³. Por esta razón, cuando la causa del contrato no es la cesión del uso de los bienes por un tiempo determinado y precio cierto con opción de compra, sino la inmediata transmisión de la propiedad de esos bienes mediante el pago de un precio cierto, se estará ante una causa de contrato de compraventa²⁰⁴. Pero a veces es difícil discernir esta finalidad económica, con lo cual es relativamente sencillo para las partes simular un contrato de venta a plazos como contrato de arrendamiento financiero, cuando en realidad no lo es. Por lo tanto, se estima que un contrato es de venta a plazos y no de verdadero arrendamiento financiero, cuando el importe total de los alquileres sobrepasa el contravalor del disfrute del bien y comprende el precio de compra, de manera que el arrendatario, en nuestro caso la aerolínea, no tiene pendiente ningún pago al finalizar el contrato²⁰⁵.

92. Caracteres. La calificación del contrato de arrendamiento financiero como contrato de financiación, es decir con una causa contractual centrada en la financiación, es lo que ha permitido distinguirla de otras figuras afines, como ya se ha señalado²⁰⁶. Así que procede responder a la pregunta de cuáles son las características propias de dicho contrato.

Se tomará como punto de partida, el único instrumento internacional que ha tratado materialmente el arrendamiento financiero internacional. Así pues, el Informe explicativo de la Secretaría de

1994, pp. 4123 y ss). También en Derecho italiano, se reconoce que en el arrendamiento financiero no existe automatismo en la adquisición de la propiedad por el arrendatario, así como la opción de compra por su parte es opcional (G. BONFANTE, *Contratti commerciali* (A cura di G. Cottino), Cedam, Padua, 1991, p. 150).

²⁰¹ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 38. En este mismo sentido en Derecho italiano vid. J.-L. COLINO MEDIAVILLA, "El *leasing* financiero en Italia", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 117.

²⁰² C. VIDAL BLANCO, *El leasing una innovación en la técnica de la financiación*, Instituto de Estudios Fiscales/ Instituto de Planificación Contable, 1977, pp. 313-14. Por ejemplo, en Derecho español, el régimen fiscal para los contratos de arrendamiento financiero se establece en el art 106 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 288, 28 noviembre 2014 (antiguo art. 115 de la anterior Ley del Impuesto sobre Sociedades ya derogada).

²⁰³ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 39. Por ejemplo, bajo la normativa del UCC, no resulta sencillo hacer pasar por un negocio lo que desde el punto de vista de la voluntad real de las partes y de su situación de intereses es otro negocio (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 46).

²⁰⁴ En este sentido en el Derecho español vid. STS, 28 mayo 1990, *Aranzadi*, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 4092; Comentario a esta sentencia de A. REAL PÉREZ, "Leasing y compraventa", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 76, 1989-1990, pp. 347 y ss.

²⁰⁵ Es la conclusión a la que llega la jurisprudencia francesa (TH.-M. MARGELLOS, *La protection du vendeur à crédit d'objets mobiliers corporels à travers la clause de réserve de propriété (Etude de droit comparé)*, LGDJ, París, 1989, p. 285). Así como en la jurisprudencia española en la SAP Madrid, de 11 octubre 1994 (AC\1994\2236). En este sentido, la jurisprudencia española recoge que un claro ejemplo de esta situación se produce cuando el arrendatario acepta desde el momento en que empieza el contrato, letras de cambio que comprenden el pago del valor residual, lo cual indica que la opción de compra ya no es voluntaria, por lo que no se trataría de un contrato de arrendamiento financiero, sino de un contrato de venta a plazos (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 40).

²⁰⁶ M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 45-46; M. DE TORRES ZAPATERA, "El arrendamiento financiero en Derecho inglés", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 72; J.-L. COLINO MEDIAVILLA, "El *leasing* financiero en Italia", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 113; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, "Régimen jurídico del *leasing* en Portugal", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 135-136; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, "El contrato de *leasing*", en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 223-224.

UNIDROIT al Proyecto de Convención sobre arrendamiento financiero internacional de 1987, señalaba que, reuniendo el *leasing* las características de figuras ya existentes, sin embargo posee determinados aspectos de los modelos contractuales tradicionales, que les proporcionan una entidad jurídica propia e híbrida. En dicho Informe se admite que el arrendamiento financiero aglutina en una operación compleja elementos propios de la venta y del arrendamiento, pero el Derecho rector de cada uno de estos contratos no es suficiente para resolver las cuestiones jurídicas suscitadas por dicha complejidad.

Se plantea pues la creación de la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional, que recoge un conjunto de normas materiales, teniendo en cuenta los orígenes financieros del *leasing*, de manera que su marco jurídico debe ser fijado a partir de las finalidades económicas de la operación, sin forzar su encasillamiento en esquemas contractuales clásicos²⁰⁷. Es decir, que en dicho instrumento se define al contrato de arrendamiento financiero no sólo como un contrato complejo, sino también indirectamente como un contrato atípico²⁰⁸.

Aunque nos sirve para tener una primera aproximación de cómo se califica al contrato de arrendamiento financiero, como se verá dicho instrumento internacional va a ser de aplicación a los contratos de arrendamiento financiero internacionales que entran dentro de su ámbito, que es bastante limitado, por lo que van a existir numerosos casos a los que no les va a ser aplicable, por no mencionar los Estados que no lo han ratificado, como es el caso de España. Esta calificación del contrato de arrendamiento financiero como de contrato atípico y complejo, es la que se ha realizado por la doctrina y la jurisprudencia de los Estados europeos.

93. En cuanto a su calificación como contrato atípico, esto se manifiesta tanto en el Derecho sustantivo español, como en el Derecho de gran parte de los Estados europeos, puesto que en su mayoría no se contemplan ni regulan los derechos y obligaciones de las partes en los contratos de arrendamiento financiero²⁰⁹. Sin embargo, en el Derecho de los Estados Unidos de América, la distinción entre contratos típicos y atípicos no tiene sentido, porque lo habitual es que los contratos nazcan como contratos atípicos y sean legalmente atípicos²¹⁰. Por lo tanto, se va a analizar lo sucedido en el Derecho español en lo que respecta a la calificación de este contrato, comparándolo con otros ordenamientos.

Así pues, en España, esta atipicidad deriva de que la primera regulación en la que el legislador daba carta de naturaleza al arrendamiento financiero no ofrecía un concepto, ni una tipificación legal del mismo, sino que simplemente realizaba una regulación orgánica y funcional de las entidades de arrendamiento financiero²¹¹. La normativa posterior que vino a sustituir dicha regulación en materia de

²⁰⁷ UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international. Actes*. Vol. I, Roma, 1991, p. 37 y ss.

²⁰⁸ Como no existía una regulación de dicho contrato se consideraba atípico, sin embargo sí que se trataba de un contrato típico socialmente, como consecuencia de su reiterada utilización en el tráfico mercantil y de las características propias que se derivaban de su específica actividad de financiación (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 45-46). De hecho, como se verá al tratar el derecho aplicable a los mismos en el Reglamento Roma I, el contrato de arrendamiento financiero internacional es considerado un contrato conflictualmente típico, aunque materialmente sea atípico (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 768-770).

²⁰⁹ J.-L. COLINO MEDIAVILLA, "El *leasing* financiero en Italia", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 117; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, "El contrato de *leasing*", en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 223; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 769.

²¹⁰ Esto se debe a que estos contratos son producto de la práctica contractual norteamericana, donde el protagonismo de las empresas norteamericanas ha hecho que éstas impongan contratos que carecen de regulación en los ordenamientos jurídicos continentales (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 769).

²¹¹ Arts. 19-26 Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero sobre Medidas Fiscales y de Inversión, BOE núm. 50, 28 febrero 1977; J.-M. VILLAR URIBARRI, Régimen jurídico del *leasing*. Cuestiones mercantiles, fiscales y penales, Edersa, Madrid, 1993, p. 3. Sin embargo, en Portugal, sí que ha existido desde un primer momento una regulación de los contratos de arrendamiento financiero, es más, en 1979 se aprueba la primera legislación sobre *leasing* para incrementar los niveles de inversión. Portugal es de los pocos países donde el *leasing* se configuró primero a nivel legislativo y sólo años después comenzó a introducirse en la práctica empresarial portuguesa (M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, "Régimen jurídico del *leasing* en Portugal", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 135-136).

arrendamiento financiero, que es la Disposición Adicional 7^a.1 de la Ley 26/1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, tampoco establecía un régimen jurídico *ad hoc* del negocio, por lo que no podía ser considerado como un contrato típico²¹². En la actualidad, la reglamentación vigente, que es la Disposición Adicional 3^a.1 Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que entró en vigor el 28 de junio de 2014, viene a recoger la misma definición para el contrato de arrendamiento financiero²¹³. Por lo tanto, la regulación establecida en la Disposición Adicional 3^a.1 de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, cita textualmente: “*Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra a su término en favor del usuario*”²¹⁴.

En base a lo anterior y como señalan algunos autores y la jurisprudencia, los sujetos que intervienen en la operación de arrendamiento financiero son tres, el proveedor, la sociedad de *leasing* y el usuario²¹⁵. La sociedad de *leasing* en vez de prestar el dinero a la parte que necesita adquirir un activo, el usuario, lo adquiere para ella, bajo las indicaciones de dicho usuario, a un proveedor para posteriormente otorgarle los derechos de uso y disfrute económico al mismo; pero la sociedad de *leasing* mantiene la propiedad sobre el bien, como garantía de la financiación prestada.

Esta relación entre los tres sujetos que intervienen se articula a través de dos contratos distintos: por un lado, el contrato de compraventa entre el proveedor y la sociedad de *leasing*; por otro lado, el específico del arrendamiento financiero entre la sociedad de *leasing* y el usuario, por el cual la sociedad financiadora se compromete a adquirir un bien y ponerlo a disposición del usuario, que a su vez debe pagar las cuotas establecidas en dicho contrato. El contrato de compraventa no presenta ninguna especialidad distinta respecto de la compraventa típica, a excepción de que el proveedor debe saber que vende un bien destinado al arrendamiento financiero, lo cual va a repercutir a la hora de establecer su responsabilidad, no con respecto a la sociedad de *leasing*, que es la que actúa como compradora, sino frente al usuario, con el que no le une ningún vínculo contractual.

²¹² Disposición Adicional 7^a.1 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, BOE núm. 182, 30 julio 1988; J.-L. SÁNCHEZ PARODI PASCUA, *Leasing financiero mobiliario*, Montecorvo, Madrid, 1989, pp. 154 y ss.

²¹³ Disposición Adicional 3^a.1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, BOE núm. 156, 27 junio 2014.

²¹⁴ Pero aunque no existe una regulación completa del contrato de arrendamiento financiero, sí que ha recibido un tratamiento legislativo preferentemente de carácter fiscal, siendo éste el caso de la Ley del Impuesto de Sociedades en la que se trata el régimen fiscal especial de determinados contratos de arrendamiento financiero (art 106 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 288, 28 noviembre 2014). Además, se trata el arrendamiento financiero en el Plan General de Contabilidad español (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, BOE núm. 278, 20 noviembre 2007; Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas, BOE núm. 279, 21 noviembre 2007). A modo aclaratorio, se debe decir que estos PGCs surgieron con el objetivo de armonización marcado por las instituciones comunitarias, tomando como referente en su redacción, con carácter general las normas internacionales de contabilidad adoptadas por la Comisión Europea y que estaban en vigor, que como ya se vió al tratar los aspectos económicos del *leasing* eran conocidas como NICs (Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, BOE núm. 160, 5 julio 2007; apartado donde se estudian las NICs aprobadas por la Unión Europea).

²¹⁵ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 46-47. El carácter tripartito del arrendamiento financiero está claramente establecido en todos los ordenamientos (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 58; M. DE TORRES ZAPATERA, “El arrendamiento financiero en Derecho inglés”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 76; J.-L. COLINO MEDIAVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 110; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 140; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 229).

Todo esto ha llevado a la afirmación de que a pesar de la unidad funcional y económica de la operación de arrendamiento financiero, como se ha visto, ésta confluye en un contrato complejo, puesto que aglutina dos contratos distintos; y atípico, puesto que no hay una regulación suficiente, que provoca que sean contratos sometidos a los principios de autonomía negocial y libertad de pactos²¹⁶.

94. El problema que se planteó en su momento cuando surgió el *leasing*, fue que dado que el arrendamiento financiero surgió con una única causa de contenido económico, la financiación, era si éste podía generar un supuesto de negocio trilateral o bien un supuesto de contratos conexos, el de compraventa y el específico de arrendamiento financiero.

Pues bien, en el primer caso, es decir, en el caso de ser considerado un negocio trilateral, el fabricante o proveedor formaría parte del contrato de arrendamiento financiero, mientras que en el segundo caso no, lo cual es más lógico. Por otro lado, si el contrato de arrendamiento financiero fuera considerado un negocio trilateral, el incumplimiento de cualquiera de las partes, provocaría que el resto de las partes pudiesen solicitar la resolución de la operación entera²¹⁷. Por lo tanto, no se puede englobar en un único contrato al proveedor, a la sociedad de *leasing* y al usuario, comenzando la unidad contractual con la compra del bien y finalizando con su adquisición por el usuario a través de la opción de compra, ya que no se puede unificar jurídicamente a los distintos contratos que se unen en el arrendamiento financiero, pues la compraventa que se produce en primer lugar, es jurídicamente independiente del arrendamiento financiero, que se sitúa posteriormente en el tiempo²¹⁸.

Por lo tanto, la complejidad de las operaciones de arrendamiento financiero, provoca que no puedan llevarse a cabo a través de un contrato único. Aunque en su función económica, el arrendamiento financiero conjuga y satisface tres distintos intereses subjetivos, desde el punto de vista jurídico, la relación entre estos tres sujetos intervinientes, el fabricante, la sociedad de *leasing* y el arrendatario, no se articula a través de un único negocio trilateral, sino mediante la realización de dos contratos claramente diferenciados, aunque encadenados y dependientes entre sí por su integración en una misma operación: un contrato de compraventa y uno específico de arrendamiento financiero, teniendo en cuenta que mientras que la sociedad de *leasing* forma parte de los dos contratos, el fabricante sólo figura en el de compraventa y el arrendatario sólo en el de arrendamiento financiero²¹⁹. Por lo tanto, en el arrendamiento financiero se producen dos relaciones que generan derechos y obligaciones de distinta naturaleza y contenido, de forma que la operación queda disociada en dos contratos que se concluyen separadamente, proveedor (fabricante)-sociedad de *leasing* y sociedad de *leasing*-arrendatario²²⁰.

²¹⁶ I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 223. Efectivamente distintos ordenamientos europeos, también señalan que el régimen jurídico del contrato de *leasing* se caracteriza por el predominio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes (J.-L. COLINO MEDIAYVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 106; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 138).

²¹⁷ En este sentido en el Derecho español vid. A. REAL PÉREZ, “Comentario a la Sent. TS de 22 de abril de 1991”, *Cuadernos Cívitas Jurisprudencia Civil*, núm. 26, 1991, pp. 499 y ss. En esta misma línea, en el Derecho italiano se señala que la trilateralidad del arrendamiento financiero no es indispensable para la conclusión de la operación económica, ni resulta realizada, en la práctica, por las partes intervinientes en la operación, ni se puede considerar que se ajuste a los intereses en juego, que pueden resultar en ocasiones perjudicados (G.-A. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milán, 1989, pp. 161-164).

²¹⁸ En este sentido en el Derecho español vid. Resolución DGRN de 12 de mayo de 1994, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia y del Interior*, núm. 1714, de 25 julio 1994, pp. 4129 y 4130. En esta misma línea, en el Derecho italiano vid. V. CALANDRA BUONAURA, “Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria”, *Rivista di diritto civile*, 1978-2, pp. 181 y ss. En este artículo se pone de manifiesto que puesto que el arrendamiento financiero contiene una configuración plurilateral de relaciones, hace imposible que puedan reflejarse en un único contrato.

²¹⁹ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 41. Sobre la bilateralidad de los contratos de arrendamiento financiero vid. M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 137; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 229.

²²⁰ Tal y como se establece tanto en el ordenamiento portugués, como en el español (M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 140; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014,

Sin embargo, en la operación de arrendamiento financiero, existe una conexión especial entre los dos contratos, el de compraventa y el específico de arrendamiento financiero, que se pone de manifiesto sobre todo cuando se trata de determinar la responsabilidad de las partes y la finalización de los contratos²²¹. En este sentido, la sociedad de *leasing* cede al arrendatario todas las acciones que le corresponden frente al fabricante para reclamar el cumplimiento de la obligación de entrega o mantenimiento. Por lo tanto es el fabricante, el vendedor de la aeronave respecto de la sociedad de *leasing*, que compra la aeronave y al pagar el precio se convierte en propietario; pero es el arrendatario el que actúa como comprador, aunque no lo es en el contrato de compraventa, pues es quien reclama frente al fabricante. En definitiva, el fabricante no queda excluido de la relación, una vez que la aeronave se ha vendido y el arrendatario se subroga en los derechos y acciones propias del comprador²²². La acción directa del arrendatario no implica que éste deba asumir la obligación de pago que corresponde a la sociedad de *leasing* frente al fabricante, sino que se trata de una subrogación o cesión de derechos de la sociedad de *leasing* en favor del arrendatario²²³. Por esta razón, se puede afirmar que aunque existe esta conexión entre ambos contratos en la operación de arrendamiento financiero, no tiene por qué implicar la unidad contractual del arrendamiento financiero, sino que se justifica a través de la figura de la subrogación contractual.

95. Como se ha detallado, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de los ordenamientos de los Estados europeos están de acuerdo en calificar al arrendamiento financiero como contrato atípico y complejo: atípico porque no existe una regulación *ad hoc* del mismo, estando por lo tanto, sometido al principio de la autonomía de la voluntad; y complejo, en el que existe una conexión de contratos, el de compraventa y el específico de arrendamiento financiero, pero que tienen una unidad económica y funcional. Pero además, el arrendamiento financiero en el Derecho español también ha sido calificado como de contrato mixto en el que se funden la cesión de uso y la opción de compra con una causa única, aunque en este caso se debe estar haciendo referencia al contrato específico de arrendamiento financiero, estando por otro lado el contrato de compraventa, perfeccionado entre el fabricante y la sociedad de *leasing*²²⁴.

p. 221). Si bien en el Derecho italiano, aunque también se hace referencia a dos contratos diferenciados dentro de la operación de arrendamiento financiero, establece que el contrato entre el fabricante y la sociedad de *leasing* no tiene por qué ser de compraventa, sino que puede ser de arrendamiento de obra (J.-L. COLINO MEDIAYLLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 110).

²²¹ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 43.

²²² M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 60; J.-L. COLINO MEDIAYLLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 110; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 141; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 229.

²²³ Por lo que habrá que determinar la ley aplicable a esta acción directa, como se verá posteriormente.

²²⁴ En este sentido en el Derecho español *vid.* STS 10 abril 1981, RJ\1981\1532, en la que se cita textualmente: “[...] antes bien ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme [...]. Carente tal contrato en nuestro ordenamiento positivo de regulación en el campo del derecho privado, claro está que su otorgamiento es posible en el lícito ejercicio del principio de la autonomía negocial y de libertad en la regulación del pacto proclamado en el art. 1255 del C. Civ. [...]” (Considerando Quinto); I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 225. En relación con la dimensión procesal del carácter unitario del arrendamiento financiero, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1992, el Tribunal consideró que la acción reivindicatoria sobre el bien y la acción de resolución contractual proceden de un mismo título o causa de pedir, puesto que en el arrendamiento financiero con opción a compra suelen concurrir una complejidad de contratos coligados entre sí e interrelacionados en síntesis jurídica de contrato único (SAP Barcelona 22 septiembre 1992, *Revista General de Derecho*, núm. 582, 1993, pp. 2124 y ss). Por último, destacar la Resol. DGRN de 18 de marzo de 2014 (BOE núm. 100, 24 abril 2014, pp. 32824-32828), en la que se suspende la anotación de embargo de la opción de compra exclusivamente, respecto de un contrato de arrendamiento financiero, porque no puede pretenderse el embargo aislado de sólo una de las relaciones jurídicas que comprende dicho contrato y no de la otra relación que la configura que es la de arrendamiento, por lo que en dicha resolución se cita textualmente: “Por tanto, la relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca la figura con contornos propios, no puede

Como ya se ha visto al analizar el arrendamiento financiero desde un punto de vista económico, la cesión del uso del bien suele hacerse por un tiempo inferior a su vida económica, de manera que el bien sigue conservando un valor al finalizar el contrato, denominado valor residual²²⁵. También se ha analizado previamente que es precisamente este valor residual del bien a la finalización del contrato, lo que puede constituir una de las desventajas de esta operación para el arrendatario, puesto que el arrendador, que es la sociedad de *leasing* puede obtener un valor por el bien, mientras que si el arrendatario lo hubiese comprado, ese valor residual de la realización del bien, le pertenecería²²⁶.

Sin embargo, en el caso de que se tratase de una operación de arrendamiento financiero con opción a compra, el arrendador puede ejercitar dicha opción y adquirir el bien. Dicha opción que es obligatoria que figure en el contrato de arrendamiento financiero en el Derecho español, no lo es en el caso de otras regulaciones nacionales europeas, ni en la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero, hecha en Ottawa el 28 de mayo de 1988²²⁷. Según determinados autores, el hecho de que en el contrato de arrendamiento financiero figure una opción de compra, demuestra cierta finalidad traslativa del mismo, que va a tener determinadas consecuencias, como puede ser el caso de la oponibilidad de derechos derivados del arrendamiento financiero frente a terceros. Además, la opción de compra dentro del contrato de arrendamiento financiero va a influir en que pueda aplicarse la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, que aunque no se va a estudiar porque las aeronaves están excluidas de su ámbito de aplicación, simplemente señalar que si se trata de un contrato de arrendamiento financiero con opción a compra de un bien que no fuera una aeronave, podría ser de aplicación la Convención si el interés del comprador en la compra es mayor que en la resolución de la relación de uso anterior²²⁸.

haber entre ellos posible separación, por lo que debe sostenerse que el contrato de arrendamiento financiero no es verdadero arrendamiento, ni el derecho de opción ligado a él verdadera opción, sino que el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va ínsito una facultad potestativa de adquisición”.

²²⁵ N. BOUZA I VIDAL, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 59. De hecho, si no existe valor residual, por pequeño que sea, no puede ser catalogado como un arrendamiento financiero y obtener las ventajas fiscales asociadas la mismo. En esta misma línea *vid.* M. DE TORRES ZAPATERA, “El arrendamiento financiero en Derecho inglés”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 72; J.-L. COLINO MEDIAYILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 112-113; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 149-150.

²²⁶ Pero lo que en principio puede constituir una desventaja para el arrendatario, desde otro punto de vista puede ser una ventaja, ya que éste no asume el riesgo de la obsolescencia, pues al traspasarse el riesgo del valor residual al arrendador, el arrendatario no está limitado por las innovaciones que se produzcan en el sector de dichos bienes (E.-T. CASTELLO TALLANI, *Estudio económico de los contratos de leasing y su captación en los informes contables*, Ministerio de Economía y Hacienda/ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1989, pp. 59 y 63). Aunque en el caso del sector de las aeronaves precisamente no existe un elevado riesgo de obsolescencia, puesto que aunque la tecnología cambia, no lo hace tan rápidamente como en otros sectores, como es el caso de los equipos informáticos, sector en el que la tecnología cambia constantemente.

²²⁷ En el Derecho español, la regulación del arrendamiento financiero en la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, permite afirmar el carácter de tipicidad, al menos formal, del mismo y permite definirlo como un arrendamiento de producción, puesto que se limita a bienes afectados a explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales; y con opción a compra, puesto que en el contrato de arrendamiento financiero, se debe incluir obligatoriamente una opción de compra al finalizar el contrato a favor del arrendatario (Disposición Adicional 3^a.1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, BOE núm. 156, 27 junio 2014). Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, sobre el contrato de arrendamiento financiero, se incluye como novedad que incluir la opción de compra en dicho contrato sea opcional y no obligatorio, siguiendo el criterio seguido por la Convención de UNIDROIT (art. 576-1.1 Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 y aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de junio de 2014, disponible en línea en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html (consultado el 30 de junio de 2014)). Bajo el Derecho italiano y el Derecho portugués, también es obligatorio que exista una opción de compra, para que sea considerado válido el contrato de arrendamiento financiero y por lo tanto, gozar como tal de las ventajas fiscales que les dispensan sus respectivos ordenamientos (J.-L. COLINO MEDIAYILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 123; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 141).

²²⁸ En este sentido *vid.* R. HERBER/ B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu Übereinkommen der vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Werenkauf*, Munich, 1991, p. 16; A.-L. CALVO CARAVACA, “Consideraciones en torno al artículo 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1329 y ss. Sin embargo, como no existen decisiones judiciales de los Estados parte de la Convención que se pronuncien sobre este tema, la mayor parte de la doctrina considera que los contratos de arrendamiento financiero no pueden incluirse dentro del ámbito de

96. Además, es importante señalar las diferencias entre el arrendamiento financiero mobiliario, que es que se realiza sobre las aeronaves y el inmobiliario, que es el que recae sobre los bienes inmuebles²²⁹.

En el arrendamiento financiero inmobiliario no existe una conexión entre la vida útil del inmueble y el plazo de duración del contrato, siendo más larga dicha vida útil que la duración del contrato, y además el inmueble conserva y aumenta su valor. Este hecho hace que el arrendamiento financiero inmobiliario sea una figura próxima al préstamo con transmisión de la propiedad en garantía, donde la transmisión del bien se realiza directamente del vendedor a la sociedad de *leasing*, en lugar de hacerse del vendedor al comprador (del arrendador al arrendatario) y de éste a la sociedad de *leasing* como ocurría con el arrendamiento financiero mobiliario²³⁰. La adquisición de dicho bien inmueble por parte de la sociedad de *leasing*, o por el arrendatario si finalmente ejerce su opción de compra en el contrato, puede ser inscrita en el Registro de la Propiedad y configurar así un derecho real y oponible frente a terceros mediante publicidad registral²³¹.

En este sentido, el arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles se parece al arrendamiento financiero de aeronaves, puesto que éstas son bienes muebles de naturaleza especial, como ya se ha visto al tratar la naturaleza jurídica de la aeronave. Como ya se ha señalado anteriormente, el Convenio de la OACI obliga a los Estados parte en el mismo a realizar un registro de matrícula de las aeronaves. Pero este registro de matrícula dependiendo de cada Estado se lleva de manera separada o conjunta con el del registro correspondiente a los bienes muebles, en el que se reflejan los actos y contratos de trascendencia real relativos a las aeronaves.

Pues bien, el problema que se plantea en el Derecho español y en otros Estados en los que impera un sistema de doble registro es que no existe concordancia entre ambos. Por ejemplo, en el Derecho español, en la Sección de Aeronaves del Registro de Bienes Muebles del Registro Mercantil, es obligatorio el registro de las aeronaves destinadas a fines comerciales o industriales, pero la primera inscripción sólo puede ser la del dominio o propiedad, no pudiéndose inscribir las aeronaves adquiridas en régimen de arrendamiento²³². Sin embargo, en el Registro de Matrícula de las aeronaves, como ya se ha visto, además de las aeronaves en propiedad se puede realizar la primera inscripción de las aeronaves adquiridas en régimen de arrendamiento, arrendamiento con opción de compra, compra a plazos con o sin reserva de dominio, o cualquier otra forma de posesión que las leyes autoricen²³³.

aplicación de la Convención aunque incluyan una opción de compra, pues su función económica es distinta a la de los contratos de compraventa (vid. E. CASTELLANOS RUIZ, “Contratos Internacionales (II). La Convención de Viena de 1 abril 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 750).

²²⁹ En el Derecho español ambos tipos de arrendamiento financiero están regulados en la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (Disposición Adicional 3^a.1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, BOE núm. 156, 27 junio 2014).

²³⁰ En el Derecho español vid. J. ALFARO AGUILA-REAL, Vº “Leasing”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 3916. Estas características del arrendamiento financiero inmobiliario coinciden con las de otros ordenamientos europeos como el italiano (J.-L. COLINO MEDIAVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 110).

²³¹ En el Derecho español para que la adquisición pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad, es necesario que se haya otorgado escritura pública (art. 3 Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, BOE núm. 58, 27 febrero 1946). Sin embargo, la inscripción del contrato de arrendamiento financiero no es indispensable para la inscripción posterior del bien inmueble por el arrendatario al ejercitar la opción de compra (Resol. DGRN de 12 de mayo de 1994, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia y del Interior*, núm. 1714, 25 julio 1994, pp. 4129 y 4130). Vid. X. O’CALLAGHAN, “Leasing inmobiliario: forma e inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 15, 1994, pp. 171 y ss.

²³² Art. 180 Reglamento Registro Mercantil de 1956, Decreto de 14 de diciembre de 1956, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, BOE núm. 66, 7 marzo 1957; corrección de errores en BOE núm. 73, 14 marzo 1957. Además, en el Título VI del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 se trata todo lo relativo a la inscripción de las aeronaves. También es importante señalar la Resol. DGRN de 29 de enero de 2001, donde se establece que la Sección de Aeronaves del Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid es el único Registro competente para la inscripción de aeronaves, al resolver una consulta formulada sobre venta a plazos y arrendamientos de aeronaves (Resol. DGRN de 29 de enero de 2001, *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, vol. I, 2001, pp. 2183-2188).

²³³ El nuevo Reglamento de matriculación de aeronaves entre otras cuestiones, articula la relación entre el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y el Registro de Bienes Muebles, con el objetivo de conseguir la concordancia entre ambos registros, ya que el primero es puramente administrativo que refleja las aeronaves matriculadas, mientras que el segundo recoge las cargas y gravámenes sobre la misma (art. 10 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de

Como consecuencia de todo ello, durante un tiempo el contrato de arrendamiento financiero sobre la aeronave se inscribía en el Registro de Matrícula, mientras que en el Registro Mercantil sólo figuraba la opción de compra, disociándola de manera artificial del resto del contrato de arrendamiento financiero²³⁴. Pero como se ha señalado anteriormente, en la Resolución de la DGRN del 18 de marzo de 2014, se deja claro que no es posible la separación de la opción de compra del derecho de uso en el contrato de arrendamiento financiero, pues la relación entre ambas forma parte de un contrato unitario con contornos propios, lo cual sería aplicable a las operaciones de arrendamiento sobre las aeronaves²³⁵. En esta resolución se pone de manifiesto que como bien señala la Resolución de 26 de octubre de 1998, el derecho de arrendamiento sobre cualquier bien debe calificarse como de derecho real, por lo que es posible su hipotecabilidad, así como también podrá ser objeto de embargo, siendo lo embargable el derecho del que es titular el arrendamiento financiero, que comprende tanto el uso derivado del arrendamiento como la opción de compra²³⁶.

97. Finalizando ya la calificación del arrendamiento financiero, se debe señalar la diferencia entre el arrendamiento financiero directo y el indirecto, que es muy importante cuando el objeto del contrato son las aeronaves. En el directo, que parece ser la forma más habitual cuando se trata de automóviles o bienes de equipo, en el que es el arrendatario el que acude a la sociedad de *leasing* para obtener financiación; mientras que en el indirecto es el fabricante el que acude a la sociedad de *leasing* para promover el contrato, lo cual es bastante habitual cuando se trata de aeronaves y es el que nos interesa.

Aunque ambos son considerados arrendamientos financieros, en el indirecto existe una finalidad de promoción de ventas, además del interés típico del *leasing*, puesto que el fabricante acude a la sociedad de *leasing* para financiar sus ventas, siendo un caso evidente el de los dos grandes fabricantes de aeronaves, Airbus y Boeing, que acuden a las sociedades de *leasing*, GECAS e ILFC, porque no encuentran financiación para poder vender todas las aeronaves que fabrican, teniendo en cuenta el elevado coste de las mismas²³⁷. Este arrendamiento financiero indirecto en principio es distinto de aquél en el que el fabricante, en nuestro caso Airbus y Boeing, asume las funciones de la sociedad de *leasing* y utiliza la operación como una promoción de ventas, aunque sólo sea porque en uno interviene la sociedad de *leasing* y en el otro no²³⁸.

En este sentido, existen autores que consideran que sólo el arrendamiento financiero promovido por el fabricante en el que no interviene la sociedad de *leasing*, puede ser considerado como un *leasing* del fabricante y el otro –en el que interviene la sociedad de *leasing*–, debe ser denominado *leasing* indirecto; mientras que otros autores consideran que ambos arrendamientos promovidos por el fabricante, tanto si interviene la sociedad de *leasing* como si no, deben ser considerados como *leasing* del fabricante²³⁹. Estas diferencias de calificación se manifiestan aún más en relación con el Derecho de Estados Unidos,

matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015). Sin embargo, en mi opinión con este Real Decreto, no se ha resuelto de manera clara la problemática existente en el Registro de Bienes Muebles, cuando la primera inscripción de la aeronave procede de un arrendamiento. Aunque existe una corriente que afirma que con el nuevo Real Decreto, el art. 180 del Reglamento Registro Mercantil de 1956 quedaría derogado, solucionándose este problema.

²³⁴ Para un mayor desarrollo *vid.* F. GARCÍA SOLE/ J.-I. RUBIO SAN ROMÁN, “Problemática jurídica del *leasing* de aeronaves en España”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 82, 1994, pp. 89-103. Sobre la inscripción de las aeronaves objeto de *leasing* en los registros administrativos españoles, donde además se reitera la estructura del *leasing* compuesta por dos contratos *vid.* Resol. DGRN de 25 de mayo de 1994, *Revista General de Derecho*, núm. 603, 1993, pp. 13324 y ss.

²³⁵ Resol. DGRN de 18 de marzo de 2014, BOE núm. 100, 24 abril 2014, pp. 32824-32828.

²³⁶ Resol. DGRN de 26 de octubre de 1998, BOE núm. 277, 19 noviembre 1998, pp. 38063-38066.

²³⁷ En el Derecho español *vid.* J. ALFARO AGUILA-REAL, Vº “*Leasing*”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 3916. Es más en algunas sociedades de *leasing* tienen participaciones los fabricantes de aeronaves o forman parte de las complejas operaciones de *capital lease* como se ha visto a través de filiales suyas.

²³⁸ En el Derecho español, el denominado *leasing* del fabricante es considerado como una verdadera venta a plazos (*vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 52).

²³⁹ Esto se ha visto al tratar la clasificación de los tipos de *leasing* de aeronaves, donde se considera que el *leasing* del fabricante, es decir en el que no interviene una sociedad de *leasing*, –según el Derecho español–, en el ordenamiento jurídico estadounidense se englobaría dentro de los *leasing* denominados como *capital lease*, es decir como una verdadero arrendamiento financiero y no como una venta a plazos, que es como se califica en los ordenamientos europeos al *leasing* el fabricante.

donde tanto el *leasing* indirecto –promovido por el fabricante, pero en el que no interviene la sociedad de *leasing*–, como el promovido por el fabricante pero en el que no interviene en la financiación la sociedad de *leasing*, son considerados igualmente como un *capital lease*²⁴⁰. De hecho, en Estados Unidos es de los pocos ordenamientos donde es necesario que intervenga una sociedad de *leasing* como intermediario financiero para llevar a cabo la operación de *leasing*, y poder obtener los beneficios de la misma²⁴¹.

98. Por último, señalar brevemente que cuando se trata de aeronaves es muy común que la aerolínea por falta de liquidez decida vender la aeronave a la sociedad de *leasing* y ésta le conceda a la aerolínea los derechos de uso y disfrute económico. Como ya se ha visto en la clasificación de los tipos de *leasing*, este contrato descrito antes es conocido como *sale and lease-back*, *cession-bail*, *lease-back* o *leasing* de retorno, en el que se pueden identificar perfectamente la figura del proveedor, que es la sociedad de *leasing* y el cliente²⁴². Es importante añadir que al finalizar el contrato la aerolínea vuelve a recuperar la propiedad de la aeronave. Esto es así porque teniendo en cuenta que el prestatario, -la aerolínea-, transmite al prestamista, -la sociedad de *leasing*-, la propiedad de la aeronave y que el prestatario, la aerolínea readquiere progresivamente a través de las cuotas pagadas por la aerolínea a la sociedad de *leasing*, por lo que el *leasing* de retorno se aproxima al crédito en sentido puro²⁴³.

En este sentido la función del *leasing* de retorno no es la de aumentar la flota de aeronaves a través de la financiación de las mismas, sino la de reparar los fallos financieros de programas anteriores²⁴⁴. Si bien es cierto que presenta una naturaleza financiera genérica porque permite a la aerolínea obtener liquidez inmediata, mediante el abono provisional de la propiedad del bien, no supone la incorporación de ninguna aeronave nueva. Precisamente, la transmisión de la propiedad de la aeronave a la sociedad de *leasing* en el momento en el que se realiza la compraventa, es lo que distingue este tipo de *leasing* del préstamo con transmisión fiduciaria de la propiedad como garantía, lo cual no se permite pues está prohibido el pacto comisorio tanto en el ordenamiento español como en el italiano²⁴⁵. Por estas razones, el *leasing* de retorno no entraría dentro del arrendamiento financiero, tal y como se ha definido anteriormente, puesto que este tipo de *leasing* tiene carácter bilateral y además no tiene como objeto la financia-

²⁴⁰ En este sentido, hay autores que basándose en la calificación del arrendamiento financiero en el Derecho español, consideran que se confunde el *leasing* indirecto, esto es un arrendamiento financiero promovido por el fabricante en el que interviene la sociedad de *leasing*, con el *leasing* del fabricante en el que no interviene la sociedad de *leasing* y ambos son denominados erróneamente *leasing* del fabricante (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 52-53). Sin embargo, existen autores europeos que definen al *leasing* del fabricante como aquel *leasing* en el que es el propio fabricante el que toma la iniciativa, una vez encontrado el cliente o usuario, de contratar la sociedad de *leasing* para hacer financiar la venta (A. FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leverage buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising, Know-How*, 5ª ed. revisada y ampliada, Turín, G. Giappichelli ed., 1993, p. 134).

²⁴¹ M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 55-56 y 59.

²⁴² Por lo tanto se trata de un contrato bilateral y no trilateral que es como se ha calificado al arrendamiento financiero hasta el momento. Sobre la bilateralidad de este tipo de *leasing* vid. E. NUZZO, “*Lease-back*, elusione, potere degli organi ispettivi”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1991, pp. 453 y ss.

²⁴³ Es definido por algunos autores como una figura muy próxima al préstamo, pero con matices (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 55). Otros autores son más explícitos y lo definen como un préstamo con garantía en el que se transmite la propiedad fiduciariamente (J. ALFARO AGUILA-REAL, Vº “*Leasing*”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 3916). Así, en el derecho inglés, se señala que si el *sale and lease-back* es considerado un préstamo con garantía de bienes, si éste no se inscribe, determinaría la invalidez del negocio, no sólo frente a terceros, sino incluso respecto al propio arrendatario (M. DE TORRES ZAPATERA, “El arrendamiento financiero en Derecho inglés”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 73).

²⁴⁴ Las características principales de este tipo de *leasing* son convertir activos en liquidez y ajustar la vida económica del bien (J.-M. SALVATELLA JUAN, “Obstáculos comerciales en la Unión Europea. El *leasing*”, *ICE*, núm. 2439, 16-22 enero 1995, p. 3569).

²⁴⁵ M.-I. FELIU REY, “Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease-back* o *leasing* de retorno”, *Actualidad Civil*, núm. 23, 1994, pp. 429 y ss.; E. GIANFELICI, *Guida al leasing. Aspetti legali, contrattuali e fiscali, fac-simile contratti, domanda finanziamento, lettera fideiussione*, Guiffirè, Milán, 1993, p. 16. Habitualmente a través de una garantía, se obtiene la devolución de lo garantizado, sin que pueda acceder el que establece la garantía al derecho de la propiedad, pues no era esa la finalidad perseguida, sino que era la garantía sin voluntad de comprar o vender (L. ROJO AJURIA, “Las garantías mobiliarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 717 y ss). Sobre el contrato de *leasing* de retorno vid. G. PARLEANI, “Le contrat de *lease-back*”, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1973, pp. 699 y ss.

ción para la adquisición de una aeronave específica, por parte de la aerolínea, pues ya la tenía, sino más bien se asemeja a un préstamo²⁴⁶.

Sin embargo, bajo el *UCC* muchas operaciones que son arrendamientos de retorno al vendedor de aeronaves pueden ser calificadas como arrendamientos financieros, frente a otras reglas, de origen legal o judicial, que presumen el carácter fraudulento de la retención de la posesión por el vendedor-arrendatario²⁴⁷. Aunque, como se ha mencionado en la clasificación de los tipos de *leasing* de aeronaves, el *sale and lease-back*, puede en ocasiones no ser una figura próxima al arrendamiento financiero, sino acercarse más a la del arrendamiento operativo.

99. Instrumentos internacionales. Tras realizar un análisis de Derecho comparado europeo de cómo se califica al arrendamiento financiero, se va a explicar cómo se resuelve el problema de calificación, en función del instrumento internacional aplicable a la operación de arrendamiento internacional de grandes aeronaves civiles.

En primer lugar, la Convención de UNIDROIT de 1988, que es una norma material especial aplicable a los contratos de arrendamiento financiero internacional, aunque sólo está en vigor para diez países entre los que no está España y que será estudiada en el Derecho aplicable, fija explícitamente en su ámbito de aplicación material, qué contratos de arrendamiento financiero internacional va a regular. Por mencionar brevemente, pues no se estudiará en detalle, se va a aplicar a los contratos de arrendamiento financiero internacionales –aunque también el elemento de internacionalidad será concretado al analizarlo–, descritos como contratos complejos con elementos propios de la venta y la locación, sobre bienes muebles destinados a un uso profesional, y donde no es necesario que exista una opción de compra²⁴⁸. Esta sucinta descripción del ámbito de aplicación material, deja fuera del ámbito de aplicación de dicho instrumento internacional los bienes inmuebles, los bienes destinados por el arrendatario a uso personal, familiar o doméstico, pero sí entra dentro de su ámbito de aplicación aquellos contratos de arrendamiento financiero sin opción de compra. Al ser una norma material especial, no se plantea problema de calificación alguno.

En segundo lugar, el Reglamento Roma I que es el otro instrumento internacional que es de aplicación a los contratos de arrendamiento financiero internacional, es una norma de conflicto europea que realiza una calificación ejemplificativa para resolver los problemas de calificación que pudieran surgir²⁴⁹. Esto quiere decir que no existe una regla específica sobre calificación porque es innecesaria, ya que el Reglamento Roma I establece el ámbito de la ley aplicable al contrato en su art. 19²⁵⁰. Son precisamente las

²⁴⁶ J.-L. COLINO MEDIAYLLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 106; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 226-227. Por otro lado, la modalidad del *lease-back* apenas ha tenido aplicación en la práctica portuguesa, al igual que el arrendamiento operativo (M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 137).

²⁴⁷ M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 59-60.

²⁴⁸ Art. 1 Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption de projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international*, Acts, Vol. I, Roma 1991, pp. 333-334).

²⁴⁹ Existen otras tres grandes tesis para resolver el problema de la calificación: a) La calificación *lege fori*, que es la tesis más clásica, en virtud de la cual la calificación debe hacerse con arreglo a la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto y es la que se sigue por la mayor parte de los sistemas estatales de Derecho internacional privado; b) La calificación *lege causae*, que establece que la calificación debe realizarse conforme al Derecho estatal eventualmente designado por la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto, pero ningún sistema de Derecho internacional privado acoge esta tesis como regla general, sino sólo en relación con aspectos muy concretos; c) La calificación autónoma, se basa en la idea de que el Derecho internacional privado constituye una rama del Derecho estatal, independiente del Derecho civil estatal, por lo que se pueden crear conceptos autónomos o propios de Derecho internacional privado, que presenten un significado diferente en el Derecho civil o mercantil. Esta última tesis junto con la calificación ejemplificativa que se explica arriba son más modernas y las que están siendo utilizadas en los convenios internacionales y reglamentos comunitarios más recientes (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, pp. 412-416).

²⁵⁰ Art. 19 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. L 177, 4 julio 2008, p. 14.

materias cubiertas por la ley contractual, las que van a establecer los límites de las dos leyes aplicables a cada relación, la de compraventa y la del arrendamiento financiero. Esto es especialmente importante para determinar cuál es la ley que regiría la acción directa del arrendatario sobre el fabricante, puesto que como ya se ha afirmado, se produce una subrogación o cesión de derechos de la sociedad de *leasing* en favor del arrendatario frente al fabricante²⁵¹. Y por otro lado, el ámbito de la ley contractual también va a ser decisivo para determinar qué ley va a regular la oponibilidad frente a terceros de los derechos sobre la aeronave, que no se regiría por la ley del contrato establecida por el Reglamento Roma I, pues no estaría dentro del ámbito de la ley contractual. De hecho, la opción de compra en el contrato de *leasing* implica una finalidad traslativa, según algunos autores, importante en la oponibilidad frente a terceros de los derechos sobre la aeronave.

Y por último, fuera del ámbito de aplicación de los dos instrumentos internacionales citados, cuando el tribunal que conoce del litigio no pertenece a un Estado miembro de la Unión Europea, pues el presente trabajo se ha centrado en Airbus y Boeing como fabricantes, podría conocer un tribunal de Estados Unidos –y escapa del ámbito de aplicación de la Convención de UNIDROIT de 1988–. En este caso, el tribunal estadounidense no va a aplicar ni la Convención, ni el Reglamento Roma I a los contratos de arrendamiento financiero internacional, sino que recurrirá a sus normas federales si existen sobre la materia, que no existen, por lo que el tribunal que se declare competente en principio aplicará las normas de dicho Estado, si es que las partes no han elegido previamente la ley aplicable al mismo y es válida dicha elección (pudiendo existir en ese caso litispendencia o litigación paralela). En definitiva, en Estados Unidos no han desarrollado un sistema de Derecho internacional privado como el que existe en Europa, sino que existe un sistema de Derecho interregional donde cada Estado tiene autonomía y su propia Ley. Por lo tanto, se van a estudiar los Reglamentos europeos que se aplican para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable.

B. El elemento de internacionalidad en los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles

100. Las dos tesis mayoritarias seguidas por la doctrina, para determinar cuándo un contrato debe ser considerado internacional son la tesis del elemento extranjero y la tesis del efecto internacional. En base a la primera, un contrato es considerado internacional si presenta un elemento extranjero, el que sea, no tiene por qué ser concretamente ni la residencia habitual, ni la nacionalidad de las partes en otro Estado, basta con que exista un elemento extranjero para que sea considerado dicho contrato internacional. La segunda tesis, se sustenta en la idea de que un contrato a pesar de no tener ningún elemento extranjero debe ser considerado internacional, porque sólo se entiende en el contexto del comercio internacional, en definitiva porque tiene un efecto internacional.

Pues bien, como ya se analizó, si se sigue la tesis del elemento extranjero para determinar si es internacional un contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles, podría suceder que dichos contratos no fuesen considerados internacionales porque no presentan ningún elemento extranjero. Sin embargo, lo anterior es bastante inusual porque se podría afirmar que un contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles es un contrato intrínsecamente internacional, puesto que la magnitud de los contratos es tal que en el mundo globalizado en que nos hallamos, es difícil que no intervengan operadores económicos de distintos Estados. Además en la mayoría de estos contratos suele existir cláusula de elección de tribunal en la que pacta que sea un tribunal extranjero el que conozca de los litigios que pudieran surgir, por lo que aunque fuese un contrato objetivamente interno, sería un contrato subjetivamente internacional, pero internacional al fin y al cabo²⁵².

²⁵¹ En cuyo caso, como se verá más adelante, la ley rectora de la relación usuario-sociedad de *leasing*, es decir la ley aplicable al contrato de *leasing*, será la que se aplique a la validez de la acción directa; mientras que la ley aplicable al contrato de compraventa previo, será la que se aplique a los efectos de la relación comercial fabricante-sociedad de *leasing* (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 44).

²⁵² Un litigio derivado de un contrato que no sea objetivamente internacional, también puede ser subjetivamente internacional por la cláusula de elección de ley.

En cualquier caso, si se tiene en cuenta la tesis del efecto internacional, el contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles será considerado internacional porque como también se ha señalado al estudiar la compraventa, muchas de las aeronaves son adquiridas por las sociedades de *leasing*, para ser posteriormente arrendadas a las aerolíneas situadas en otro Estado bajo un arrendamiento operativo o financiero. Por lo tanto, los contratos de compraventa de grandes aeronaves civiles deberían ser considerados internacionales porque sólo se explican en el contexto del comercio internacional, aunque no cuenten con ningún elemento extranjero.

101. Tras el breve resumen sobre la internacionalidad de los contratos de compraventa de grandes aeronaves civiles, por lo que respecta al contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves posterior al contrato de compraventa, habría que determinar también cuándo este contrato calificado como un contrato de cesión de uso -con o sin opción de compra, dependiendo del ordenamiento en el que se constituya-, va a ser considerado internacional.

Pues bien, si como se ha señalado el contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles va a ser internacional casi con toda seguridad, el de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles que en general es un contrato más complejo que el de compraventa, va a ser internacional porque en nuestra opinión éste sí que es un contrato intrínsecamente internacional. Ahora bien, al formar parte de la misma operación de financiación los dos contratos juntos, el de compraventa entre el fabricante y la sociedad de *leasing*, y el de arrendamiento financiero entre la sociedad de *leasing* y el arrendatario, la cuestión que cabe plantearse es si la internacionalidad de uno de los dos contratos puede arrastrar hacia un planteamiento de conflicto de leyes al otro contrato, cuando en realidad se trata de un contrato interno.

Si se trata de un contrato de compraventa interna y un contrato de arrendamiento financiero internacional, en principio podría parecer que el carácter nacional de la compraventa no afecta en nada al carácter internacional del segundo contrato²⁵³. Efectivamente esto sería así, si se tiene en cuenta sólo la tesis del elemento internacional, pero en este caso en concreto se debería seguir la tesis del efecto internacional, pues se trata de aeronaves adquiridas por la sociedad de *leasing*, que posteriormente va a arrendar en régimen de arrendamiento financiero a las aerolíneas extranjeras, con lo cual el contrato de compraventa va tener repercusión en el comercio internacional²⁵⁴.

Ahora bien, el planteamiento es distinto, si el que es internacional es el contrato de compraventa de aeronaves civiles, en cuyo caso, va a ser muy difícil en la práctica que el contrato de arrendamiento financiero sea un contrato interno, en base a la tesis del elemento extranjero. Pero en el hipotético caso que así fuese, el contrato de arrendamiento financiero debería ser considerado internacional, aunque pueda parecer que no existe ningún elemento extranjero, porque se trata de contratos que están vinculados o interrelacionados²⁵⁵. De manera que el contrato de arrendamiento financiero es posible, siempre y cuando haya una compraventa de aeronaves previa al fabricante de aeronaves por parte de la empresa de *leasing*, y si esta es internacional, el contrato de arrendamiento financiero posterior de dicha aeronave debe ser considerado internacional, aunque no exista en teoría ningún elemento internacional. En este sentido, aunque pueda parecer que un contrato de arrendamiento financiero no presenta ningún elemento extranjero, la oponibilidad a terceros puede hacerlo internacional²⁵⁶. Al igual que como ya se ha dicho un contrato de arrendamiento financiero que sea objetivamente interno, puede ser un contrato subjetivamente internacional, por la elección de las partes de someter sus controversias a un tribunal extranjero²⁵⁷.

102. En relación con la compraventa internacional existe una norma material especial como es la Convención de Viena de 1980, que aunque no se aplica a las aeronaves, establece su propio presu-

²⁵³ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 99.

²⁵⁴ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 100.

²⁵⁵ A favor *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 184. En contra de esta opinión- aunque se refiere a los contratos de compraventa y de arrendamiento financiero de cualquier tipo de bien- *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 101-103.

²⁵⁶ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 111.

²⁵⁷ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 121-122.

puesto de aplicabilidad directa en virtud del cual un contrato de compraventa de mercaderías es internacional y se aplica por tanto dicha norma, cuando las partes en el contrato tienen sus establecimientos permanentes en Estados parte de la Convención distintos²⁵⁸. Además, establece un presupuesto de aplicabilidad indirecta, en virtud del cual se aplicará la Convención de Viena cuando las normas de conflicto en materia de contratos designen como ley aplicable la ley de un Estado parte de la Convención²⁵⁹.

Pues bien de forma similar en materia de arrendamiento financiero, la Convención de Unidroit de 1988, señala su propio presupuesto de aplicabilidad²⁶⁰. Así, la Convención se aplicará cuando arrendador y arrendatario tengan sus establecimientos en Estados diferentes²⁶¹. Pero además se exige además del requisito anterior, que está en la misma línea de la Convención de Viena de 1980, es necesario que se cumplan una de estas dos condiciones: que los Estados de establecimiento del arrendador, arrendatario y fabricante o proveedor sean Estados contratantes; o que tanto el contrato de compraventa como el de arrendamiento financiero se rijan por la ley de un Estado contratante²⁶².

2. Competencia judicial internacional

103. El Reglamento 1215/2012 es la norma principal para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales europeos en relación con los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles²⁶³. En el presente trabajo, los litigios que nos interesan son los que surgen de la responsabilidad contractual, por lo que el Reglamento 1215/2012 va a ser de aplicación.

No se estudian en el presente trabajo, los litigios derivados de la reclamación de daños por producto defectuoso que pudiera hacer la aerolínea como arrendataria frente al fabricante de aeronaves, ya que provocan responsabilidad extracontractual. Aunque estos litigios entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, no se van a estudiar sus foros especiales por razón de la materia, por no ser objeto del presente trabajo.

A. Normativa europea: Reglamento 1215/2012

104. Después de explicar los ámbitos de aplicación, se estudiarán los foros de competencia judicial internacional a los que pueden acudir las partes, en caso de litigio en relación con los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles.

a) Ámbitos de aplicación

105. En cuanto a los ámbitos de aplicación del Reglamento 1215/2012, señalar que respecto del ámbito espacial, éste va a aplicarse a todos los Estados miembros de la Unión Europea²⁶⁴.

²⁵⁸ Art. 1.1.a Convención de Viena de 1980.

²⁵⁹ Art. 1.1.b Convención de Viena de 1980.

²⁶⁰ Aunque España no es parte de dicha Convención, se estudiará brevemente porque es sobre arrendamiento financiero. Se debe mencionar que Estados Unidos tampoco lo ha ratificado, y de los diez países que lo han ratificado sólo Francia e Italia son de la Unión Europea.

²⁶¹ Art. 3 Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption de projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Acts*, Vol. I, Roma 1991, p. 334).

²⁶² En cuanto a esta segunda condición, podrían pensarse como ocurre con el presupuesto de aplicabilidad indirecta de la Convención de Viena de 1980, que es necesario la intervención de la norma de conflicto que nos remita a la ley de un Estado contratante. Sin embargo, la Convención de Ottawa no especifica claramente la intermediación de la norma de conflicto, sólo señala que el contrato de compraventa y el de *leasing* se rijan por la ley de un Estado contratante (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 104-105).

²⁶³ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, DOUE núm. L 351, 20 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

²⁶⁴ Cuando se hace referencia a Estado miembro se está abarcando a todos los Estados miembros incluida Dinamarca,

106. Por lo que respecta al ámbito de aplicación temporal, en virtud del art. 66 del Reglamento 1215/2012, dicho instrumento se aplicará a las acciones ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, independientemente de la fecha en la que hayan ocurrido los hechos materiales, que no influye en ningún caso en el ámbito de aplicación temporal. En cuanto a las acciones ejercitadas con anterioridad al 10 de enero de 2015, inclusive el 10 de enero, les siguen siendo de aplicación el Reglamento 44/2001.

107. En cuanto al ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012 es importante señalar que el mismo va a ser aplicable a aquellos litigios que cumplan dos condiciones, por un lado que sean litigios internacionales, y por otro lado, que la materia objeto del litigio sea una materia civil o mercantil. Se va a aplicar el Reglamento 1215/2012 a los litigios que cumplan los dos requisitos citados, independientemente de la nacionalidad de las partes, ya que es aplicable a todo sujeto, sin importar su nacionalidad²⁶⁵.

108. En cuanto al ámbito de aplicación personal, una cuestión que se viene planteando desde que entró en vigor el Convenio de Bruselas de 1968, después con el Reglamento 44/2001 y en la actualidad con el Reglamento 1215/2012 es si se puede utilizar el criterio del domicilio del demandado en un Estado miembro, como factor de aplicación del mismo. Si se tienen en cuenta el Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, en él se establece que el hecho de que el demandado tenga o no su domicilio en el territorio de un Estado miembro no es un criterio que determine el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012²⁶⁶. Sin embargo, existe reiterada jurisprudencia de la que se puede extraer que el hecho de que el demandado esté domiciliado en el territorio de un Estado miembro es el criterio a seguir para la aplicación del Reglamento 1215/2012²⁶⁷.

En mi opinión, el domicilio del demandado sí que determina el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, puesto que como se recoge en la sentencia abajo citada del año 2000 de *Group Josi*, el único criterio del que depende en principio la aplicación de las reglas de competencia del Reglamento 1215/2012 es que el domicilio del demandado esté situado en un Estado miembro²⁶⁸. De tal manera, que cuando se trata de un litigio derivado de un contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles en el que el domicilio del demandado está en un Estado miembro, el Reglamento 1215/2012 ha de ser el único instrumento legal aplicable para concretar los tribunales de qué Estado miembro son competentes para conocer del litigio²⁶⁹.

Sin embargo, existen algunos foros en los que no se exige que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. En primer lugar, los foros exclusivos del art. 24 referidos a una serie de materias concretas y que prevalecen sobre el resto de foros. En segundo lugar, los foros de la sumisión expresa o tácita, de los arts. 25 y 26 respectivamente, sobre los que el Reglamento 1215/2012 no exige que ninguna de las partes, ni demandado, ni demandante, esté domiciliada en ningún Estado miembro²⁷⁰. Se debe señalar, al respecto que para que la sumisión expresa o tácita sea válida, debe atribuir competencia a los tribunales de un Estado que no tenían competencia por los otros foros del Reglamento 1215/2012.

gracias al Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca de 19 de octubre del 2005. El Considerando (41) del Reglamento 1215/2012 señala que Dinamarca aplicará dicho instrumento y no el Reglamento 44/2001 (Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, DOUE núm. L 12, 16 enero 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil).

²⁶⁵ Tal extremo se deduce del art. 4.1 del Reglamento 1215/2012.

²⁶⁶ Informe explicativo Fausto Pocar sobre el Convenio de Lugano II, DOUE núm C 319, 23 diciembre 2009.

²⁶⁷ STJCE 13 julio 2000, *Group Josi Reinsurance Co SA c. Universal General Insurance Co*, C-412/88, *Rec.* 2000, p. I-05925, apartados 52 y 57.

²⁶⁸ STJCE 13 julio 2000, *Group Josi Reinsurance Co SA c. Universal General Insurance Co*, C-412/88, *Rec.* 2000, p. I-05925, apartado 57. Aunque en esta sentencia se hace alusión al Convenio de Bruselas porque no estaba en vigor ni el Reglamento 44/2001, ni evidentemente el Reglamento 1215/2015.

²⁶⁹ Art. 6.1 Reglamento 1215/2012.

²⁷⁰ Se diferencia así de la sumisión expresa regulada en el Reglamento 44/2001, en donde se exigía que una de las partes estuviese domiciliada en un Estado miembro. Además, se despejan las dudas que existían respecto a la sumisión tácita, puesto que de la redacción literal del Reglamento 44/2001 parece deducirse que era necesario que el domicilio del demandado esté en un Estado miembro, sin embargo la jurisprudencia no había realizado esta interpretación y consideraba que no es necesario que las partes estuviesen domiciliadas en un Estado miembro, para que ésta fuese válida.

Además de las excepciones de los arts. 24, 25 y 26 del Reglamento 1215/2012 en los que no es necesario que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro para su aplicación, existen otras excepciones destinadas a la protección de la parte débil en un contrato, que son los consumidores y los trabajadores. Estos demandantes privilegiados pueden acudir a los foros de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 contra demandados domiciliados en terceros Estados²⁷¹. Se mencionan estas excepciones, pero no van a ser de aplicación en el presente trabajo.

Por último, en cuanto al foro especial en materia contractual aplicable a los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles, recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012, se exige que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. Se trata de un foro alternativo al del domicilio del demandado, por debajo en orden de prevalencia de los foros exclusivos y de la sumisión, al que sólo se puede acudir si nos lleva a los tribunales de un Estado distinto al del domicilio del demandado.

b) Foros de competencia judicial internacional

109. De acuerdo con lo anterior, los tribunales de los Estados miembros a los que las partes pueden acudir en caso de un litigio derivado de un contrato de arrendamiento financiero sobre grandes aeronaves civiles son: a los que se someten de forma expresa o tácita, o bien porque es el foro del domicilio del demandado o porque se corresponde con el foro especial en materia contractual.

a') *Foro de la sumisión expresa*

110. En virtud del art. 25 del Reglamento 1215/2012, en el contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles, las partes pueden incluir en el mismo una cláusula eligiendo el tribunal de un Estado miembro ante el que plantear sus controversias. Eso sí, la sumisión expresa a los tribunales de un Estado miembro tiene que cumplir con una serie de requisitos para que sea válida conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012 y que son: que se haga a favor de un Estado miembro, que haya un auténtico acuerdo de sumisión, es decir que sea válido tanto formal como materialmente y que se haga en relación con un contrato de arrendamiento financiero. En este sentido, aunque el contrato de compraventa entre el fabricante y sociedad de *leasing*, y el de arrendamiento financiero entre sociedad de *leasing* y aerolínea son contratos en cadena, la cláusula de sumisión inserta en el contrato de compraventa no afecta en nada al contrato de arrendamiento financiero, que dispondrá de su propia cláusula de sumisión a favor de unos tribunales concretos, que pueden ser distintos a los elegidos en el pacto de elección de tribunal incluido en el contrato de compraventa internacional de aeronaves.

El art. 25 del Reglamento 1215/2012 señala que el pacto de sumisión no puede ser contrario a los arts. 15, 19 y 23 del Reglamento, ni excluya la competencia de los tribunales exclusivamente competentes en virtud del art. 24 del Reglamento 1215/2012. Pero el pacto de sumisión expresa que se incluye en un contrato internacional de arrendamiento financiero de aeronaves ya cumple esta condición, porque la materia del contrato no es objeto de un foro exclusivo; ni se trata de un pacto inserto en un contrato que vincula a una parte débil como ocurre con los contratos de seguros, consumidores o de trabajo; y tampoco está vinculado con ningún *trust*.

Para que el pacto de sumisión a favor de un Estado miembro sea válido, no es necesario que las partes estén domiciliadas en ningún Estado miembro. Por lo tanto, los pactos de elección de tribunal a favor de un Estado miembro cuando las partes están domiciliadas en terceros Estados son perfectamente válidos.

Pero se debe recordar que el pacto de sumisión expresa es válido en la medida en que se atribuye competencia a los tribunales de un Estado que no tenía competencia en base a los foros del Reglamento 1215/2012. *Ad. ex.* una cláusula de sumisión inserta en un contrato de arrendamiento financiero a favor de los tribunales de Berlín, será válida siempre y cuando la compañía demandada no esté domiciliada en Alemania, por lo que no será válida en el caso de que la sociedad de *leasing* ILFC demandara a

²⁷¹ Arts. 18.1 y 21.2 Reglamento 1215/2012.

Lufthansa, con sede en Colonia (Alemania), por incumplimiento del pago de las cuotas correspondientes al contrato de arrendamiento financiero que ambas han firmado²⁷².

Por último, antes de analizar las características formales de los pactos de sumisión, se debe recordar que será válido en cuanto al fondo dicho pacto incluido en un contrato de arrendamiento financiero, siempre que no sea nulo de pleno derecho en virtud de las normas de conflicto del Estado cuyo tribunal ha sido elegido²⁷³.

111. Por lo que respecta a las formas que establece el art. 25.1 del Reglamento 1215/2012 para que los pactos de sumisión sean válidos, cuando éstos se insertan en contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles suelen adoptar la forma escrita. Como son contratos de un gran valor económico, en el que las negociaciones se realizan durante años, lo habitual es que se establezca por escrito los tribunales ante los que litigar. En este sentido, aunque es una forma válida bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012 aquella que se realiza por fax o por medios electrónicos siempre que produzcan un registro duradero, esta no es la forma en que se realizan los pactos de sumisión en este tipo de contratos²⁷⁴. En dichas operaciones los abogados de ambas partes se reúnen con frecuencia hasta alcanzar un acuerdo que satisfaga a ambas partes.

El lenguaje utilizado para realizar el pacto de sumisión debe ser claro, en una lengua conocida por ambas partes y debe utilizarse el lenguaje del contrato. En este sentido, en todos los contratos relativos a aeronaves, ya sea el de arrendamiento financiero, los grupos de contratos que conforman una operación de *leasing* o los contratos de arrendamiento operativo, se realizan en inglés. Como consecuencia de la complejidad de la aeronave, quienes realizan este tipo de contratos son profesionales especializados en el sector aeronáutico, y en muchas ocasiones grandes despachos de abogados.

112. Aunque las partes tienen la posibilidad de elegir los tribunales de varios Estados miembros, cuando se trata de un contrato de arrendamiento financiero en la cláusula de sumisión se suele atribuir la competencia a los tribunales de un sólo Estado miembro. Como suelen ser contratos de un gran valor económico, se pretende que con dicha cláusula sea fácil determinar el tribunal competente y no tener que litigar para determinar el tribunal competente para que dirima el fondo del asunto. Por esta misma razón, la cláusula de sumisión va a ser lo más clara posible, de manera que el concreto tribunal va a ser designado directamente, sin tener que ser deducido de las intenciones y del contrato entre las partes²⁷⁵.

113. Además, las cláusulas de sumisión pueden afectar a litigios pasados, presentes o futuros, aunque el que pueda afectar a litigios pasados, no deja de ser un tema bastante problemático.

Se debe tener en cuenta que las partes pueden acordar que la competencia de los tribunales en dicho pacto realizado de acuerdo con el art. 25 del Reglamento 1215/2012, sea exclusiva o no exclusiva. Pero si no se dice nada se entiende que dicha competencia es exclusiva²⁷⁶.

La elección de la ley de un Estado como ley aplicable al contrato no implica que se haya elegido como tribunal competente al Estado cuya ley ha sido elegida para regular el contrato. Pero tampoco implica una elección tácita. Sin embargo, sí que se considera que con un pacto de sumisión a favor de los

²⁷² Sin embargo, en la práctica, como ILFC es una sociedad de *leasing* de gran importancia, probablemente el pacto de sumisión se haga a favor de los tribunales de la sede o domicilio de ILFC, no de la aerolínea, con menor poder de negociación que la sociedad de *leasing*.

²⁷³ Como ya se dijo al estudiar la sumisión en el marco del contrato de compraventa, si las partes eligen los tribunales españoles, será la ley que rige el contrato en virtud del Reglamento Roma, la que establezca la nulidad de la cláusula de sumisión. Sin embargo, si eligen a los tribunales franceses, estos deben decidir según los datos del caso si el acuerdo es válido, sin necesidad de acudir a ninguna ley concreta. Pero en lo que respecta a la capacidad de las partes, ésta quedará regulada por la norma de conflicto del Estado del foro.

²⁷⁴ Es más para que sea válido dicho pacto de sumisión no es necesario que exista ni firma electrónica, ni escrita.

²⁷⁵ STJCE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV y otros*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. I-09337. En dicha sentencia se establecía que una cláusula de sumisión a favor de los tribunales del lugar de establecimiento del transportista era válida, aunque no designase directamente el tribunal competente.

²⁷⁶ Por otro lado, en los contratos realizados bajo el derecho de un Estado que rige el *Common Law*, lo habitual es que se pacte que el acuerdo a favor de un Estado miembro no tenga carácter exclusivo.

tribunales de un Estado se esté eligiendo la ley aplicable al contrato de arrendamiento financiero. Esto podría ser considerado de esta forma, si se trata de un pacto en el que se acuerda competencia exclusiva a favor de unos tribunales y no existe un pacto en contra respecto al derecho aplicable²⁷⁷.

114. La sumisión expresa afecta exclusivamente a la relación jurídica y a las diferencias concretas pactadas por ambas partes. En relación con este último punto, se debe tener en cuenta que el alcance del acuerdo de jurisdicción depende de la intención de las partes que debe reflejarse en la cláusula de sumisión, de manera que establezca qué tipo de reclamaciones contractuales cubre o no cubre. Así que en general, el pacto de sumisión afecta a litigios de naturaleza contractual, si bien determinadas reclamaciones extracontractuales relacionadas con el contrato de arrendamiento financiero, estarán cubiertas por el acuerdo de sumisión, dependiendo de la redacción del acuerdo y de su interpretación²⁷⁸.

En este sentido, la cláusula de sumisión incluida en un contrato principal, en este caso el de arrendamiento financiero, no afecta a los contratos accesorios, que pueden tener su propia cláusula de sumisión, como se verá al tratar los grupos de contratos en relación con la operación de *leasing*. De la misma manera que dicha cláusula de sumisión no afecta al contrato de compraventa previo entre el fabricante y la sociedad de *leasing*, que también puede tener su propia una cláusula de sumisión. Así que en principio, el acuerdo de sumisión expresa sólo produce efectos entre las partes que los firman y no frente a terceros. Pero puede tener efectos hacia terceras personas, que pueden estar vinculadas por el acuerdo de sumisión aunque no formen parte de él, o que no hayan realizado un consentimiento expreso del acuerdo de sumisión²⁷⁹. Este es el caso de la cesión de créditos o la subrogación.

Sin embargo, como se trata de un contrato de arrendamiento financiero, nos centraremos en la subrogación del arrendatario en la posición de la sociedad de *leasing* en sus relaciones con el fabricante, cuando el arrendatario ejercita una acción directa contra el fabricante. En cuyo caso, es la cláusula de sumisión inserta en el contrato de compraventa de aeronaves entre el fabricante y la sociedad de *leasing* la que vincula a ambas partes y al arrendatario cuando se subroga en la posición de la sociedad de *leasing* para ejercitar una reclamación contra el fabricante²⁸⁰.

Pero para que el acuerdo de sumisión **inserto** en el contrato de compraventa de aeronaves vinculado al contrato de arrendamiento financiero, se pueda extender a la tercera parte que entra en la relación contractual, el arrendatario, sucediendo tanto en derechos y obligaciones a la anterior parte contratante, es necesario que la cesión sea válida de acuerdo con la ley aplicable al contrato de compraventa de aeronaves civiles²⁸¹. Los requisitos de forma recogidos en el art. 25.1 y 25.2 del Reglamento 1215/2012 tienen que ser cumplidos sólo por el acuerdo de sumisión original. Se debe tener en cuenta que no es posible transmitir el contrato o las obligaciones sin la cláusula de sumisión expresa. Y no se transmitirá la cláusula si el tercero logra demostrar que no tenía conocimiento de la cláusula y que no la había aceptado²⁸².

115. La sumisión realizada a favor de terceros Estados o de tribunales arbitrales no es válida bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012. Como no se regula en el Reglamento 1215/2012, han surgido distintas tesis al respecto.

²⁷⁷ U. MAGNUS, "Prorogation of jurisdiction", *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2^a Edición, Selp, Munich, 2012, p. 461.

²⁷⁸ U. MAGNUS, "Prorogation of jurisdiction", *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2^a Edición, Selp, Munich, 2012, p. 505.

²⁷⁹ Así de conformidad con el art. 8.2 del Reglamento 1215/2012, si una parte intenta añadir a una parte en el proceso, cuando las partes han concluido un acuerdo válido de jurisdicción, posteriormente a efectos de los procedimientos que se planteen, la parte que se ha sumado estará vinculada por el acuerdo que existía entre las partes que iniciaron el proceso original. Pero cuando un demandante interpone una demanda contra varios demandados en el mismo proceso, un pacto de sumisión puede ser invocado por y contra el demandado con el que se ha concluido el pacto de sumisión. Aunque éste no puede ser alegado por y contra el resto de demandados con los que no se ha firmado dicha cláusula atributiva de competencia.

²⁸⁰ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 127.

²⁸¹ En este sentido, no se trata de la transmisibilidad de una cláusula, sino de derechos contractuales (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 127-128).

²⁸² Si el tribunal de un Estado miembro comprueba que se cumplen estos requisitos, debe considerarse que el tercero prestó su consentimiento respecto de la cláusula atributiva de competencia y no es necesario que lo compruebe específicamente (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 239).

Si bien, se va a mencionar sólo la tesis mayoritaria conocida como “tesis de la relevancia de la sumisión” en virtud de la que la sumisión en favor de tribunales de terceros Estados o de árbitros produce efectos jurídicos propios, de prórroga, siempre que se ajuste a las normas de competencia judicial internacional de producción interna del Estado miembro en cuestión²⁸³.

Ahora bien, serán las normas de producción interna del Estado del foro las que establezcan los efectos de la *derogatio fori*.

b) *Foro de la sumisión tácita*

116. La sumisión tácita es un acuerdo entre las partes de una relación jurídica, que determina el tribunal internacionalmente competente para decidir sobre una controversia surgida entre las partes. Este acuerdo es implícito, lo cual quiere decir que no existe previamente un acuerdo ni en forma oral, ni escrita, y siempre tiene lugar ante un tribunal durante el proceso. La sumisión tácita existe cuando el demandante presenta una demanda y el demandado comparece ante ese tribunal, siempre que tal comparecencia no tenga por objeto impugnar la competencia judicial internacional, tal y como establece el art. 26 del Reglamento 1215/2012. Si el demandado impugna la competencia judicial internacional y, hace valer, también, una defensa subsidiaria sobre el fondo o una demanda reconventional subsidiaria, entonces no existe sumisión tácita²⁸⁴.

117. Gracias a la sumisión tácita, las partes, cualquiera que sea el Estado de su domicilio, aunque no esté en un Estado miembro, pueden prorrogar la competencia judicial internacional de órganos jurisdiccionales que inicialmente, carecían de competencia judicial internacional porque ningún foro de los recogidos en el Reglamento 1215/2012 les atribuía competencia judicial internacional²⁸⁵. Por otro lado, la sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior.

c) *Foro del domicilio del demandado*

118. El art. 4 del Reglamento 1215/2012 contiene una regla general de competencia judicial internacional. A tenor de este foro, el demandado que tenga su domicilio en un Estado miembro, cualquiera que sea su nacionalidad, será demandado ante el tribunal de ese Estado miembro, si se produce un litigio derivado de la compraventa internacional de aeronaves civiles. Este foro responde a la clásica regla de origen medieval *actor sequitur fórum rei*, de acuerdo con la cual el demandante tiene que demandar al demandado ante los tribunales del domicilio de éste último, por ser el “juez natural” del demandado²⁸⁶.

²⁸³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 240.

²⁸⁴ STJCE 24 junio 1981, *Elefanten Schuch GmbH c. Pierre Jacqmain*, 150/80, *Rec.* 1981, p. 01671; STJCE 22 octubre 1981, *Établissements Rohr Société anonyme c. Dina Ossberger*, 27/81, *Rec.* 1981, p. 02431; STJCE 31 marzo 1982, *C.H.W. c. G.J.H.*, 25/81, *Rec.* 1982, p. 01189; STJCE 14 julio 1983, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG y otros c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, 201/82, *Rec.* 1983, p. 02503; STJCE 7 marzo 1985, *Hannelore Spitzley c. Sommer Exploitation SA*, 48/84, *Rec.* 1985, p. 00787; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 243; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Prorogation of jurisdiction”, *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2^a Edición, Selp, Munich, 2012, p. 515.

²⁸⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 242.

²⁸⁶ STJCE 13 julio 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA c. Universal General Insurance Company UGIC*, C-412/88, *Rec.* 2000, p. I-05925, apartado 35; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 247. La regla del *actor sequitur forum rei* tiene un triple fundamento jurídico-público: a) El Estado que tiene más título para conocer del asunto es el correspondiente al del domicilio del demandado, ya que si éste se beneficia de los servicios de ese Estado, debe quedar sometido al “poder jurisdiccional” del mismo. Este vínculo entre el particular y el Poder Judicial se deriva de la soberanía estatal; b) En este foro del domicilio del demandado es más fácil conseguir las pruebas, las notificaciones, etc... necesarias en el proceso. Por lo tanto, el proceso será más económico y más sencillo; c) Como el demandante tiene que desplazarse al país del demandado a interponer la demanda, éste sólo lo va a hacer si piensa que su demanda no es infundada y que la va a ganar. Con lo cual, se evitan procesos infundados, que entorpecen el buen funcionamiento de la función jurisdiccional.

119. En cuanto al concepto de comicilio, el art. 63 del Reglamento 1215/2012 recoge el concepto de domicilio de una compañía u otra persona jurídica o asociación natural de personas o legal de personas.

De conformidad con el art. 63 del Reglamento 1215/2012 se considera que una sociedad o persona jurídica está domiciliada en el lugar donde se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. Al utilizar un criterio de triple domicilio de la persona jurídica aumentan las posibilidades de demandar a una empresa en virtud del art. 4 del Reglamento 1215/2012, así que los tribunales de varios Estados miembro pueden ser competentes²⁸⁷.

Esto refuerza la tutela judicial efectiva e incentiva el comercio internacional con las empresas de *leasing* ILFC o GECAS, puesto que en el caso de un litigio derivado de un arrendamiento financiero de aeronaves civiles, la contraparte, normalmente la aerolínea dispone de la posibilidad de demandarles ante los tribunales de varios Estados miembros en virtud del art. 4 del Reglamento 1215/2012.

d') *Foro especial en materia contractual*

120. Las partes en un litigio derivado de un contrato de arrendamiento financiero pueden acudir también al foro especial en materia contractual recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

Este foro es alternativo al foro del domicilio del demandado. Lo cual quiere decir que si no existe acuerdo de sumisión, el demandante puede elegir entre accionar contra el demandado en el Estado miembro en el que esté domiciliado, en virtud del art. 4 del Reglamento 1215/2012; o bien ante los tribunales del Estado miembro en virtud del foro especial por razón de la materia, recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

121. Para que sea de aplicación el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012, tiene que tratarse de un litigio en materia contractual, el cual comprende los litigios derivados de un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra²⁸⁸. Esta noción es amplia, de manera que el litigio puede referirse a una materia contractual aunque el contrato no se haya celebrado formalmente, incluso también sería válido si no existiese un contrato.

En cuanto a las aeronaves civiles, lo habitual que se haya celebrado por escrito el contrato de arrendamiento financiero referente a ellas. Esto es consecuencia de que la aeronave es un bien con una elevada especialización, por lo que se trata de contratos muy complejos con un elevado número de cláusulas, en los que las especificaciones técnicas ocupan un lugar relevante dentro del contrato²⁸⁹. Así pues, los litigios que surjan entorno a ellos serán considerados materia contractual, siendo posible la aplicación del art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

Sin embargo, se debe aclarar que la calificación como contractual de la materia del litigio no prejuzga la solución que finalmente se otorgue al caso cuando se decida sobre el Derecho aplicable al mismo, ya que puede ser considerada una materia extracontractual. En cuyo caso, les serán de aplicación las normas relativas a las obligaciones extracontractuales.

Además, no se debe olvidar que es un foro que atribuye competencia judicial internacional y territorial²⁹⁰.

²⁸⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 252.

²⁸⁸ STJCE 22 marzo 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, C-34/82, Rec. 1983, p. 00987, apartados 11-15; STJCE 17 junio 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, C-26/91, Rec. 1992, p. I-03967, apartado 15; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion européenne SA y otros c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV y Capitaine commandant le navire "Alblasgracht V002"*, C-51/97, Rec. 1998, p. I-06511, apartado 17; STJCE 17 septiembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, Rec. 2002, p. I-07357, apartados 23, 24 y 27; STJCE 5 febrero 2004, *Frahul SA c. Assitalia SpA*, C-265/02, Rec. 2004, p. I-01543, apartado 24; STJCE 20 enero 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, Rec. 2005, p. I-00481, apartados 50-51.

²⁸⁹ Los contratos de arrendamiento financiero internacional de aeronaves, al igual que sucede con el resto de contratos mencionados sobre la aeronave son de gran tamaño, en cuanto a número de hojas.

²⁹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 724.

122. El foro especial en materia contractual establece que si se trata de un contrato de compraventa o de prestación de servicios y se ha pactado el lugar de entrega o de prestación del servicio en un Estado miembro, serán competentes los tribunales de dicho Estado, en virtud del art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012. Si no fuese de aplicación dicho precepto para un litigio derivado del contrato de arrendamiento financiero, entonces se acudirá al lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida de dicho contrato, para averiguar si existe algún tribunal de un Estado miembro competente, en virtud del art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012.

123. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de prestación del servicio (art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012). Para saber si en caso de litigio sobre un contrato de arrendamiento financiero sobre aeronaves civiles, se puede acudir al tribunal del Estado de lugar de prestación del servicio, habrá que determinar primero si éste puede ser calificado como un contrato de prestación de servicios.

En este sentido, el concepto de prestación de servicios que establece el Reglamento 1215/2012 es un concepto amplio, por lo que comprende los contratos que generan tanto obligación de medios como de resultados²⁹¹. Por lo tanto, en principio el contrato de arrendamiento financiero o *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles debería ser considerado un contrato de prestación de servicios²⁹².

Como en Derecho comparado se le considera un contrato complejo, habría que incluirlos dentro de los contratos complejos según los criterios del Reglamento 1215/2012, que son aquellos que comportan prestación del servicio y transmisión de la propiedad sobre las cosas al mismo tiempo. En cuyo caso, habrá que realizar una calificación del contrato de acuerdo con la finalidad del contrato, sin tener en cuenta cuál es la obligación principal del contrato²⁹³. Pues bien, en el caso del contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, se unen la cesión de uso con la transmisión de la propiedad si se ejercita la opción de compra, pero en cualquier caso el fin del contrato es la financiación realizada por la sociedad de *leasing*. Por lo tanto, en dicho contrato la finalidad del contrato no es la transmisión de la propiedad de la aeronave, sino la prestación del servicio de financiación. Así pues, el contrato de arrendamiento con opción de compra debe ser considerado un contrato de prestación de servicios, y evidentemente también si en dicho contrato no existe opción de compra con más razón.

124. Una vez que se ha considerado que el contrato de arrendamiento financiero es un contrato de prestación de servicios, habrá que comprobar si se ha pactado en dicho contrato el lugar de entrega de la aeronave, pues es donde se considerada realizada la prestación el servicio. Lo más habitual es que la entrega se pacte en dicho contrato, pero en cualquier caso quien deberá realizar la entrega es el fabricante y no la sociedad de *leasing*. Y como se ha comentado la entrega normalmente se produce en las instalaciones del fabricante, pero en cualquier caso el lugar de entrega debe pactarse en el contrato de arrendamiento financiero.

Aunque no es el caso, señalar brevemente que si hubiera múltiples lugares de prestación del servicio en varios Estados, el tribunal competente sería el del Estado donde se produce la prestación principal del servicio²⁹⁴. Ahora bien si éste no es posible determinarse, en la sentencia *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, el TJUE en referencia a un contrato de agencia señaló que para determinar el lugar de entrega principal, debe atenderse en primer lugar a criterios fácticos: si puede extraerse de las cláusulas del contrato y si no es posible su determinación, habrá que acudir al lugar donde se ha desarrollado el servicio de manera preponderante²⁹⁵. Y si de todos modos, en relación a dicho

²⁹¹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 731.

²⁹² A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 732.

²⁹³ A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 733.

²⁹⁴ STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, C-19/09, *Rec.* 2010, p. I-02121, apartados 33, 38 y 39.

²⁹⁵ STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, C-19/09, *Rec.* 2010, p. I-02121, apartados 41 y 42; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 733.

contrato de agencia, no se pudiera lograr averiguar el lugar de entrega principal, habrá que acudir al lugar del domicilio del prestador del servicio, siendo éste el criterio del prestador característico²⁹⁶. Para otros contratos distintos al de agencia, el TJUE ha establecido soluciones distintas, pero que en cualquier caso llevan a una aplicación expansiva de dicho precepto, procurando mantener su efecto útil²⁹⁷.

125. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida (art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012). No será de aplicación la solución directa contemplada en el art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012 cuando se de una de estas tres condiciones: que no exista un pacto en el contrato de lugar de entrega, que es donde se considerado realizado el servicio en los contratos de arrendamiento financiero; que exista un pacto en contrario entre las partes; o que el lugar pactado de entrega de la aeronave o aeronaves se encuentre en un Estado no miembro.

En tal caso, habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 7.1.c) del Reglamento 1215/2012, que a su vez nos remite al art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012, el cual establece que será competente el tribunal del Estado miembro correspondiente al lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida, que es la obligación que sirve a la demanda²⁹⁸. Pues bien, la obligación que sirve de base a la demanda u obligación incumplida puede ser la entrega de la aeronave o aeronaves, pero también puede ser el pago por el arrendamiento de la aeronave o aeronaves.

126. Para concretar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida, la jurisprudencia del TJUE ha seguido la senda ya empezada por la sentencia del caso *Tessili*, en la que se establece que se debe acudir a la Ley aplicable al contrato, la cual se determinará con arreglo a las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto²⁹⁹. En consecuencia será la ley aplicable al contrato en virtud del Reglamento Roma I el que establezca el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida³⁰⁰.

Por tanto, será la ley nacional a la que remite dicho instrumento quien establezca si dicho lugar de cumplimiento es el domicilio del acreedor, del deudor, etc... Pues bien, el tribunal de ese Estado miembro designado indirectamente será el competente por el foro especial para conocer del litigio derivado de un contrato de arrendamiento financiero.

3. Ley aplicable

127. El Reglamento Roma I es la norma principal para determinar la ley aplicable a los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles³⁰¹. En el presente trabajo, los litigios que nos interesan son los que surgen de la responsabilidad contractual, por lo que el Reglamento Roma I es el instrumento al que acudirán los tribunales europeos.

²⁹⁶ STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, C-19/09, *Rec.* 2010, p. I-02121, apartado 43; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 733.

²⁹⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 733-734.

²⁹⁸ STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, *Rec.* 1976, p. 01473.

²⁹⁹ STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, *Rec.* 1976, p. 01473; STJCE 6 octubre 1976, *A. De Bloos, SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, 14/76, *Rec.* 1976, p. 01497; STJCE 29 junio 1994, *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, C-288/92, *Rec.* 1994, p. 02913; STJCE 28 septiembre 1999, *GIE Groupe Concorde y otros c. Capitán del buque "Suhadiwarno Panjan" y otros*, C-440/97, *Rec.* 1999, p. I-06307; STJCE 5 octubre 1999, *Leathertex Divisione Sintetici SpA c. Bodeltex BVBA*, C-420/97, *Rec.* 1999, p. I-06747; STJCE 19 febrero 2002, *Besix SA c. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) y Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog)*, C-256/00, *Rec.* 2002, p. I-01699; STJCE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, *Rec.* 2009, p. I03327.

³⁰⁰ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 134; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 736-737.

³⁰¹ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, DO núm. L 177, 4 julio 2008; corrección de errores DO núm. L 309, 24 noviembre 2009, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

No se estudian en el presente trabajo, los litigios derivados de la reclamación de daños por producto defectuoso que pudiera hacer la aerolínea como arrendataria frente al fabricante de aeronaves, ya que provocan responsabilidad extracontractual. Para determinar la ley aplicable a los litigios derivados de responsabilidad extracontractual se debe acudir al Reglamento Roma II, instrumento internacional que no va a ser abordado³⁰².

A. Reglamento Roma I

128. Por lo que respecta a los ámbitos de aplicación el Reglamento Roma I señalar que en cuanto a su ámbito de aplicación espacial, éste es de aplicación en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca, así que los tribunales de dichos Estados están obligados a aplicar el Reglamento Roma I.

129. El Reglamento Roma I es de aplicación a los contratos en general, que incluye los contratos de arrendamiento financiero internacional, concluidos a partir de 17 de diciembre del 2009, tal y como se establece en su art. 28, incluyendo los contratos celebrados el mismo día 17 de diciembre de 2009³⁰³. Por lo tanto, el Reglamento Roma I es irretroactivo.

Aunque la entrada en vigor del Reglamento Roma I se produjo el día 24 de julio de 2008, no se empezó a aplicar hasta el 17 de diciembre de 2009, porque era el plazo que se le dio a los Estados miembros para que notificaran a la Comisión la lista de Convenios internacionales que regulen conflictos de leyes sobre obligaciones contractuales, en que eran parte uno o dos Estados miembros, puesto que dichos convenios prevalecen sobre el Reglamento Roma I³⁰⁴. Así pues, se establecieron seis meses para dar publicidad a estos convenios antes de la aplicación de las disposiciones contenidas en el Reglamento Roma I.

130. En cuanto al ámbito de aplicación personal, el Reglamento Roma I es una norma de aplicación universal o lo que es lo mismo, es “*erga omnes*”, según el art. 2 del Reglamento Roma I. Por lo tanto, es totalmente irrelevante el domicilio, la residencia o la nacionalidad de las partes que firman el contrato de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, además de carecer de importancia cualquier otro aspecto realativo al contrato, como pueda ser el lugar de ejecución del contrato o el lugar de celebración del mismo.

El Reglamento Roma I también se va a aplicar aunque la ley designada por dicho instrumento internacional, para regular el contrato de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles sea la Ley de un Estado no miembro del Reglamento Roma I³⁰⁵.

131. Por último, para determinar el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I se debe acudir al art. 1.1 del Reglamento Roma I, en virtud del cual dicho instrumento determinará la Ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, pero únicamente en aquellos casos en que supongan conflictos de leyes.

Como el Reglamento Roma I se aplica a determinadas obligaciones contractuales pero siempre que supongan un conflicto de leyes, en primer lugar, se va a estudiar qué debe entenderse por situaciones que impliquen un conflicto de leyes, puesto que el Reglamento Roma I no define qué tipo de situaciones provocan un conflicto de leyes.

Para responder a esta pregunta, la mayor parte de la doctrina recurre a la “tesis del elemento extranjero”, que es una de las tesis estudiadas, según la cual existe un conflicto de leyes cuando en la situación con-

³⁰² Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, DO núm. L 199, 31 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

³⁰³ La corrección de errores del Reglamento Roma I precisamente recoge que éste será de aplicación a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, incluido el día 17 (Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento y del Consejo, DOUE núm. L 309, 24 noviembre 2009, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales).

³⁰⁴ Art. 25.1 Reglamento Roma I.

³⁰⁵ Art. 2 Reglamento Roma I.

tractual existen elementos extranjeros, que haga que nos tengamos que plantear qué Derecho estatal debe regular dicha situación, independientemente de cuáles sean esos elementos extranjeros³⁰⁶. En consecuencia, el Reglamento Roma I se va a aplicar a las situaciones que son objetivamente internacionales. Pero también se aplicará el Reglamento Roma I en aquellos casos en los que se trata de una situación interna, porque todos los elementos de la misma están conectados con un solo Estado, pero la demanda se plantea ante los tribunales de un Estado distinto. Se trata de contratos objetivamente internos, pero subjetivamente internacionales, en los que el elemento extranjero viene determinado por los tribunales que conocen del asunto³⁰⁷.

Sin embargo, el Reglamento Roma I en su art. 3.3 recoge una norma para evitar el fraude de Ley internacional. De manera que en el caso de plantearse una situación subjetivamente internacional, en virtud de la cual todos los elementos del contrato están conectados con un Estado y es la elección de ley la que internacionaliza el contrato, se van a limitar los efectos jurídicos de dicha elección de Ley. Este es el caso en el que se firma un contrato de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles en el que la totalidad de los elementos objetivos del contrato están localizados en un mismo Estado, pero las partes eligen como Ley reguladora del contrato un Derecho extranjero -siendo éste el que internacionaliza el contrato, porque sin esta elección de ley se trataría de un contrato interno-. En tales situaciones, la elección de ley no impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas del Estado miembro con el que el contrato está plenamente conectado, pues tales disposiciones no pueden excluirse mediante acuerdo, en virtud del art. 3.3 del Reglamento Roma I³⁰⁸. Por lo tanto, en el caso de plantearse este tipo de situaciones subjetivamente internacionales, el Reglamento Roma I va a ser de aplicación, pero se va a limitar la autonomía de la voluntad de las partes.

132. Es importante señalar que aunque tal y como se refleja en la denominación del Reglamento Roma I, su objetivo es determinar la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, sin embargo lo que en realidad determina es la Ley aplicable al contrato, de forma que las obligaciones contractuales que se derivan de un mismo contrato quedan reguladas por la misma Ley³⁰⁹. Los contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles se regulan por su propia Ley³¹⁰.

Por lo que no es posible fijar la Ley aplicable a un conjunto de contratos o a una operación contractual internacional sobre aeronaves, como la planteada cuando se trata de grupos de contratos en torno a una operación de *leasing*, en el que existe un contrato de compraventa, un contrato de *leasing*, un contrato de garantía, un contrato de *trust*, etc. ..., independientemente de los vínculos que puedan existir entre los distintos tipos de contratos que engloban la operación comercial³¹¹. En consecuencia, el contrato de compraventa internacional de aeronaves estará regulado por una Ley, mientras que el contrato de *leasing* internacional vendrá regulado por otra ley distinta, así como el de garantía tendrá también

³⁰⁶ O. LANDO, "International situations and "situations involving a choice between the laws of different legal systems", K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, Londres, 1978, pp. 15-24; R. DE NOVA, "Quando un contratto è internazionale", *RDIPP*, 1978, pp. 665-680; G.-R. DELAUME, "What's an International Contract? An American and Gallic Dilemma", *ICLQ*, 1979, vol. XXII, pp. 258-279; P. LALIVE, "Sur une notion de "contrat international", *Multum Non Multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Karlsruhe, Heidelberg, 1980, pp. 135-155; A. SINAGRA "Natura e contenuto della internazionalità dei contratti", *Études en l'honneur de Roberto Ago*, IV, A. Giuffrè, Milán, 1987, pp. 349-382; P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *RCDIP*, 1991, pp. 287-340.

³⁰⁷ E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento "Roma I" sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 29-30.

³⁰⁸ Considerando (15) Reglamento Roma I.

³⁰⁹ Esto es así porque en las disposiciones contenidas en el Reglamento Roma I en la que se desarrolla la regulación, es decir en los arts. 3 y 4 del mismo, se hace referencia a los contratos y no a las obligaciones contractuales. En este mismo articulado tampoco se habla de los términos operación contractual, situación contractual o conjunto de contratos.

³¹⁰ L. RADICATI DI BROZOLO/ F. SALERNO, "Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa", en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I" -Atti della giornata di studi- Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8.

³¹¹ Esto es así porque resulta muy complicado definir el concepto "conjunto de contratos" u "operación comercial internacional", puesto que aunque haya vínculos entre los contratos porque la finalidad sea la misma -en nuestro caso la compraventa internacional de aeronaves civiles-, cada contrato tiene su causa, sus propias circunstancias y sus contactos con distintos países, que pueden ser diferentes de un contrato a otro. Así lo ha señalado también la jurisprudencia española (STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ\1989\7878); STS de 8 de mayo de 1991 (RJ\1991\3577)).

su propia ley reguladora, y así sucesivamente con todos los contratos que formen parte de la operación comercial internacional de adquisición de la aeronave o aeronaves. Por lo tanto, si se quiere elegir la ley aplicable, se deberá fijar la ley aplicable a cada contrato que forma parte de la operación contractual internacional de *leasing*. Pero si las partes fijaran de forma global la ley estatal aplicable al conjunto de la operación internacional, para poder valorar la validez de dicha elección, se debe entender que la elección global implica tantas elecciones de Ley como contratos existen³¹².

Como cada contrato dispone de su propia Ley reguladora, se tiene que definir a efectos del Reglamento Roma I qué se entiende por contrato, para lo cual se adopta un concepto propio y autónomo de dicho Reglamento, según el cual el contrato sería el “acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas”³¹³. En consecuencia existe un contrato para el Reglamento Roma I cuando exista un vínculo entre las partes que forman parte del contrato y a la vez, una correspondencia entre las prestaciones percibidas.

Estas dos condiciones se cumplen en el contrato de compraventa internacional de aeronaves civiles, puesto que en dicho contrato el vínculo que se crea entre ambas partes es voluntario y además existe un equilibrio contractual único, es decir, se puede pactar o bien sólo la entrega de la aeronave por parte de una aerolínea, si la aeronave es usada, o incluso la fabricación por parte del fabricante, si la aeronave es nueva, a cambio del pago de un precio por parte de la otra aerolínea que es la compradora.

Sin embargo, este último requisito no es tan evidente cuando se trata de un contrato de “*leasing*”, ya que no se trata de un contrato materialmente típico como la compraventa, sino que estaríamos ante un contrato materialmente atípico, como se señaló al abordar la calificación de dichos contratos, pues no responden a un esquema legalmente preconfigurado³¹⁴.

Como el contrato de *leasing* es un contrato nacido de la práctica jurisprudencial norteamericana para satisfacer las necesidades del comercio internacional, no estaría dentro de los contratos materialmente típicos como es el caso de la compraventa. Ahora bien, debe distinguirse dentro de los contratos atípicos dos tipos de contratos: los contratos atípicos mixtos y los contratos atípicos propios del comercio internacional. Los contratos materialmente atípicos mixtos son aquellos contratos formados por elementos de contratos típicos distintos. En cuanto a los contratos materialmente atípicos propios del escenario internacional son aquéllos que se crean “*ex novo*” para la contratación internacional, pero no existen en la legislación interna de los Estados. Pues bien, el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero estaría dentro de los contratos atípicos mixtos.

En cualquier caso, el Reglamento Roma I es de aplicación a todos los contratos internacionales, ya sean materialmente típicos o atípicos, es decir, estén contemplados o no en el Derecho sustantivo estatal que regule estos contratos. Efectivamente, el art. 4.2 del Reglamento Roma I, regula los contratos conflictualmente mixtos o complejos, de manera que está admitiendo la existencia de un único contrato, cuando los elementos del mismo corresponden a varios tipos de contratos diferentes y dentro de este grupo de contratos conflictualmente mixtos o complejos podrían estar los contratos de *leasing*³¹⁵. Otra posibilidad es que el contrato de *leasing* sea catalogado como un contrato de prestación de servicios, si se tiene en cuenta la amplitud del concepto de prestación de servicios que se recoge en el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I. La clasificación en uno u otro tipo contractual va a depender de cada contrato de *leasing*. Se trataría de un análisis de caso por caso, para determinar en qué categoría contractual incluir al contrato de *leasing*, a los efectos de determinar la ley aplicable, en virtud del Reglamento Roma I. Si

³¹² Aunque no se plantea esta problemática en los ejemplos estudiados, esa sería la solución.

³¹³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 772.

³¹⁴ Las partes diseñan el contrato como estiman conveniente.

³¹⁵ En el Reglamento Roma I no existen contratos completamente atípicos, puesto que siempre existe una norma de conflicto que designe la ley aplicable a cualquier contrato internacional (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 768-770).

bien, en este análisis nos centraremos en el contrato de *leasing*, como contrato de arrendamiento financiero, tal y como se entiende en el Derecho continental³¹⁶.

133. A continuación, se pasa a explicar cuál será la ley aplicable al contrato de *leasing*. En primer lugar, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato, que prevalece sobre el resto de puntos de conexión (art. 3 del Reglamento Roma I). En segundo lugar, siempre que no haya una elección válida, en función del contrato de *leasing* específico de que se trate, le será de aplicación un precepto del Reglamento Roma I (arts. 4.1, 4.2 y 4.4 del Reglamento Roma I). Y por supuesto, acudir a la cláusula de excepción siempre es una posibilidad con la que cuentan las partes (art. 4.3 del Reglamento Roma I).

a) Elección de ley

134. Las partes pueden pactar elegir la ley aplicable a su contrato. Para que la elección de ley sea válida es necesario que dicha elección sea clara y cierta, que la ley elegida sea una ley estatal y que se trate de un pacto válido. El que la elección de ley sea clara y cierta implica que dicha elección de ley debe realizarse de manera expresa o tácita.

Aunque no tiene por qué ser en todos los contratos de arrendamiento financiero internacional, es posible que si en ellos intervienen sociedades de *leasing* importantes, como GECAS o ILFC, se pacte la ley aplicable al contrato. Si bien lo más habitual es que se realice por escrito, aunque cualquier otra forma válida de elección expresa es posible como un soporte duradero o incluso de forma oral³¹⁷. O bien, la elección implícita de la ley del contrato será válida siempre que resulte “*de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”. Esto quiere decir que los términos del contrato o las circunstancias del caso permitirán precisar si existe una voluntad real de elección de la ley de un Estado, no determinar cuál es la voluntad presunta o hipotética de los contratantes³¹⁸. En caso de duda, el juez debe considerar que no existe elección implícita de la ley del contrato³¹⁹.

Tampoco es probable que en los contratos de arrendamiento financiero recurran al *depeçage*, puesto que ya es bastante complejo dicho contrato, como para que además cada parte esté regulada por la ley de un Estado distinto³²⁰.

En la misma línea, tampoco es muy factible que recurran a las cláusulas flotantes para la elección de la ley aplicable al contrato, y que son pactos en los que se les permite a las partes elegir la ley aplicable al contrato de arrendamiento financiero en un momento posterior a la celebración del contrato y que son válidos en virtud del art. 3.2 del Reglamento Roma I³²¹. La elección unilateral de la ley que rige el contrato es uno de los tipos de las cláusulas flotantes de elección de ley, que consiste en que sólo uno de los contratantes puede elegir la ley aplicable al contrato en un momento posterior a la celebración del

³¹⁶ En cuanto al *leasing* de aeronaves más próximo al derecho anglosajón, se hará alguna puntualización. Pues no hay que olvidar que en este epígrafe se abordan los contratos de arrendamiento financiero.

³¹⁷ *Vid.* STSJ Madrid de 21 de septiembre de 2004 (AS\2004\2756); STSJ Islas Canarias Las Palmas núm. 158/2005, de 7 de marzo (AS\2005\1016). Aunque esto es lo que establece la jurisprudencia española, se puede extrapolar a aquellas situaciones en los que los tribunales que conocen son los de cualquier Estado miembro. De hecho, el Reglamento 1215/2012 contempla de manera parecida, las formas genéricas que debe adoptar la sumisión expresa para que sea válida, aunque en este último instrumento internacional se establecen muchos más requisitos que los señalados por el Reglamento Roma I para la elección de ley.

³¹⁸ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, 1991, p. 303. Para un análisis de la distinción entre voluntad tácita y voluntad presunta o hipotética *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 70-72.

³¹⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 779. Se trataría de evitar que el contrato quede sometido a una ley que las partes no hayan elegido y les genere costes conflictuales muy elevados, porque no pudieron prever que se aplicaría dicha ley al contrato de compraventa internacional de grandes aeronaves civiles.

³²⁰ B. DE NOLDE, “La codification du droit international privé”, *RCADI*, 1936, vol. 55, pp. 331-332. Este autor fue el que introdujo la terminología de “*depeçage du contrat*”, y en inglés se denomina “*Splitting of the Contract*”.

³²¹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 800.

contrato, e incluso se le da a elegir entre varias opciones. *Ad. ex.* cuando en el contrato arrendamiento financiero de aeronaves civiles se pacte una cláusula entre el GECAS y la aerolínea, British Airways, en la que la empresa arrendataria pueda elegir en cualquier momento como ley aplicable al contrato, la Ley francesa, la Ley inglesa o la Ley de Nueva York –pero lo que suele suceder en la realidad es que se le da a elegir a la aerolínea entre una de las tres, pero se pacta una de ellas cuando se firma el contrato por escrito y aparece sólo una en el mismo–.

Por último, siguiendo con el mismo razonamiento, la elección de ley se realizará con toda probabilidad en el momento de la firma del contrato, aunque el citado art. 3.2 del Reglamento Roma I ofrece la posibilidad de realizarlo en cualquier momento.

b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley

135. Si en virtud del art. 3 del Reglamento Roma I, las partes no eligen una ley válida para que rija su contrato, el art. 4 del Reglamento Roma I señala la ley aplicable al contrato. Este precepto contempla una serie de puntos de conexión, que nos llevarán a la ley aplicable de un Estado en función de que el contrato de arrendamiento financiero cumpla con uno de los criterios. Si se cumple el primer criterio, no se pasa al siguiente punto de conexión.

Como ya se ha mencionado, si el contrato de arrendamiento financiero en cuestión se incluyera dentro de los contratos de prestación de servicios, la ley aplicable en virtud del art. 4.1.b) sería la de la residencia habitual del arrendador financiero o sociedad de *leasing*. Pero si el contrato de *leasing* por su complejidad no pudiera ser considerado un contrato de prestación de servicios, entonces en virtud del art. 4.2 del Reglamento la ley aplicable, será la de la residencia habitual del prestador característico, que en la mayoría de los casos nos llevará también a la ley de la residencia habitual de la sociedad de *leasing*. Se va a explicar brevemente la cláusula de cierre, del art. 4.4 del Reglamento Roma I, aunque su aplicación a los contratos de arrendamiento financiero va a ser bastante remota.

a') *Los ocho tipos de contratos: El contrato de prestación de servicios*

136. Los contratos de *leasing* en general no responden a un esquema legalmente preconfigurado, pero en el caso del contrato de arrendamiento financiero en Derecho español se trata de una cesión de uso junto con una opción de compra, aunque dicha opción de compra no es obligatoria en otros ordenamientos. De manera que en muchas ocasiones las partes diseñan el contrato de *leasing*, como estiman conveniente.

Para poder determinar si el contrato de *leasing* podría ser calificado como uno de los ocho contratos, en concreto el de prestación de servicios, se va a definir el concepto “prestación de servicios” que recoge el Reglamento Roma I.

137. Concepto de prestación de servicios. Es un concepto autónomo, propio del Reglamento 1215/2012, que coincide con el del Reglamento Roma I³²².

Dicho concepto es bastante amplio, para así evitar discusiones innecesarias sobre cuál es la prestación característica del contrato³²³. Por lo tanto, no debe identificarse el contrato de prestación de servicios con el contrato de arrendamiento de servicios.

La noción de contrato de prestación de servicios empleada por el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012, que es de donde se extrae el concepto, se puede definir como una noción económica del mismo, no jurídica³²⁴. Atendiendo a criterios económicos, el contrato de prestación de servicios puede ser definido como “*el contrato que tiene como objetivo principal la prestación de una actividad que*

³²² P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 675-717.

³²³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 819.

³²⁴ J.-M. JACQUET, “Nota a Sents. Cour Cass. Francia de 23 enero 2007, 27 marzo 2007, 14 noviembre 2007, 5 marzo 2008”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 521-531.

consiste en la realización de conductas positivas de dar, hacer o no hacer una cosa, a título oneroso, gratuito o lucrativo, y no en transmitir la propiedad de una cosa o en ceder facultades dominicales³²⁵. Además, la remuneración que percibe el prestador del servicio no tiene por qué ser obligatoriamente una cantidad dineraria³²⁶.

Evidentemente si estos contratos de arrendamiento financiero responden a un esquema simple de intercambio de servicio por dinero, la prestación característica será la prestación de servicio, es decir, la cesión de uso realizada por la empresa de *leasing*³²⁷. De manera que es de aplicación el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I, que nos lleva a ley de la administración central de la empresa de *leasing*.

138. Sin embargo, el contrato de *leasing* formaría parte de los denominados contratos complejos, como son los contratos sobre servicios de consultoría o los de préstamo, que comportan prestación de servicios y transmisión de propiedad de la cosa al mismo tiempo. En cuyo caso, se debe realizar una calificación según la finalidad del contrato, sin tener en cuenta cuál es la obligación principal del contrato³²⁸. Así que si la finalidad económica del contrato es la prestación del servicio y no la transmisión de la propiedad de la aeronave, el contrato de *leasing* internacional de aeronaves será calificado como un contrato de prestación de servicios. Pero si la finalidad económica del contrato es la transmisión de la propiedad de una aeronave, el contrato de *leasing* internacional de aeronaves no será una prestación de servicios.

Por lo tanto, habrá que determinar la finalidad económica del contrato de arrendamiento financiero, si entendemos éste como una cesión de uso y disfrute de la aeronave por parte de la sociedad de *leasing* a favor del arrendatario, en la que dicho arrendatario tiene además la opción de comprar la aeronave. Pues bien, al existir en dicho contrato la opción de compra podría configurar la operación de *leasing* en su conjunto (contrato de compraventa más contrato de *leasing*) como una relación similar a una venta a plazos entre el fabricante y el arrendatario con una garantía a favor de la sociedad de *leasing*³²⁹. En cuyo caso, la relación entre la sociedad de *leasing* y el arrendatario podría no corresponderse exactamente con una cesión de uso por parte de la sociedad de *leasing*, sino como una financiación que otorga la sociedad de *leasing* a cambio de la retención de la propiedad de la aeronave en garantía del pago de dicha financiación. Pero en este supuesto, la propia financiación otorgada por la sociedad de *leasing* sigue siendo la finalidad del contrato y no la del arrendatario que le permite realizar sobre su posesión una reserva de propiedad formal a favor de la sociedad de *leasing*³³⁰. Por lo tanto, la sociedad de *leasing* presta un servicio a la aerolínea arrendataria al financiar, a través de dicho contrato de *leasing*, el uso, la explotación, el disfrute y en su caso, la compra de la aeronave³³¹.

En resumen, el contrato de arrendamiento financiero como ha sido definido es un contrato de prestación de servicios a los efectos del art. 4 del Reglamento Roma I, ya que es un contrato de financiación, al igual que lo son el contrato de préstamo y otros contratos de financiación³³². Por lo tanto, la ley aplicable al contrato de arrendamiento financiero sobre aeronaves civiles será la ley de la administración central de la sociedad de *leasing*, que bien puede ser la sede central de GECAS o ILFC.

³²⁵ P. BERLIOZ, "La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement Bruxelles I", *JDI Clunet*, 2008, pp. 675-717 ; STJCE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, *Rec.* 2009, p. I03327, apartados 29-32; Conclusiones Abogado General, de 27 enero 2009, apartados 57-58.

³²⁶ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA*, C-9/12, *Rec.* 2013, p. I00000, apartado 39.

³²⁷ La definición del concepto de prestación característica, se realiza a continuación al tratar los contratos mixtos o complejos.

³²⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 820.

³²⁹ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 250.

³³⁰ Vid. N. BOUZA I VIDAL, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 129. El cual hace referencia a la aceptación por parte del deudor de que se grave con un derecho real un bien que le pertenece, siendo la prestación característica común a los distintos tipos de garantías mobiliarias sin desplazamiento. El tema de las garantías en relación con los contratos de *leasing* es analizado en el capítulo I.

³³¹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 824.

³³² A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 824.

b') *Los contratos mixtos o complejos*

139. Ahora bien, si el contrato de *leasing* en cuestión no puede ser calificado como un contrato de arrendamiento financiero como se ha definido arriba, sino como un contrato conflictualmente mixto o complejo, se pasaría al siguiente punto de conexión, que nos llevaría a la ley de la administración central del prestador característico, en virtud del art. 4.2 del Reglamento Roma I³³³.

140. Concepto de contrato conflictualmente complejo o mixto. Este tipo de contrato es definido de manera literal por el art. 4.2 del Reglamento Roma I como el contrato “*cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato*”. De manera que debe procederse a una calificación según la finalidad del contrato y si éste persigue finalidades económicas diferentes porque contiene derechos y obligaciones que proceden de varios contratos conflictualmente típicos, entonces es un contrato mixto o complejo.

Puesto que si el contrato tiene la misma finalidad económica, como pudiera ser la prestación de un servicio, será considerado como un contrato de prestación de servicios, regulado por el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I. En este sentido, la mayoría de los contratos aparentemente mixtos o complejos desde el punto de vista conflictual, como son los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero pueden ser calificados como contratos de prestación de servicios a los efectos del Reglamento Roma I, aunque combinen elementos y formas de diversos contratos contemplados en el art. 4.1 del Reglamento Roma I³³⁴.

Ahora bien, si el contrato de *leasing* en cuestión, no puede catalogarse como un contrato de prestación de servicios, pero puede calificarse como un contrato conflictualmente mixto o complejo como lo es de forma clara el contrato de concesión con venta de mercaderías, entonces la ley que regirá dicho contrato será la ley de la residencia habitual del prestador característico.

141. Concepto de prestación característica. Para la definición de la prestación característica se deben distinguir dos supuestos. Cuando se trata de contratos sinalagmáticos que consisten en el intercambio de dinero por una cosa o actividad, la prestación característica es la prestación no dineraria, es decir el pago³³⁵.

Pero para el resto de casos, como son los contratos mixtos o complejos, en los que ambas partes realizan prestaciones de diversa naturaleza, entonces “*la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad*” tal y como señala el Considerando (19) del Reglamento Roma I. Para establecer dicho centro de gravedad, se debe tener en cuenta la prestación más complicada, aquélla que supone mayores y más gravosas obligaciones³³⁶.

142. El art. 4.2 del Reglamento Roma I no determina cuál es la prestación característica. Así que para la determinación de la prestación característica, el “centro de gravedad” de conformidad con el Considerando (19), debe concretarse mediante un análisis no sólo de la estructura del contrato de *leasing*, sino del equilibrio concreto de las prestaciones concretas, tal y como lo hayan configurado las partes en su contrato en particular³³⁷. En definitiva, para concretar la prestación característica el operador jurídico debe analizar la estructura del contrato de *leasing* en cuestión, sin acudir a ninguna Ley estatal.

Pues bien, en la mayoría de las ocasiones, la prestación característica del contrato de *leasing* va a ser la financiación, por lo que será la ley de la administración central de la empresa de *leasing* la que va a ser de aplicación al mismo, que es la misma ley a la que nos llevaba el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I. Si bien, de las circunstancias del contrato en cuestión, se deduce que es otra la prestación característica, como pudiera ser la opción de compra por parte del arrendatario, la ley de la residencia habitual de

³³³ Tal y como se recoge también en el Considerando (19).

³³⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 859.

³³⁵ SAP Madrid núm. 58/2014, de 30 de enero (JUR\2014\58245).

³³⁶ A.-J.-E. JAFFEY, “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, *ICLQ*, vol. 34, 1984, pp. 546-547.

³³⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 863.

la aerolínea arrendataria podría ser de aplicación. Aunque es poco probable que se aplique dicha ley, se debe puntualizar que los puntos de conexión del Reglamento Roma I, salvo excepciones, no benefician a la parte débil en el contrato, en este caso en el contrato de *leasing*.

143. Por lo tanto, para de la determinación de la prestación característica, ya no se sigue la versión tradicional de dicho concepto, según la cual la prestación característica es aquella que distingue un tipo contractual de otros. Así en los contratos sinalagmáticos en los que se intercambia una cosa o actividad por dinero, la prestación característica no es la prestación dineraria, sino que sería por ejemplo la entrega y la prestación del servicio, en el caso de los contratos de compraventa y de prestación de servicios³³⁸. De manera que para fijar la prestación característica del contrato de *leasing*, debido a su consideración económica como una operación unitaria próxima a un contrato mixto o complejo, debe partirse de un análisis de la categoría o tipo contractual de que se trate, y no de las circunstancias fácticas del contrato en cuestión³³⁹.

Cuando estaba en vigor el Convenio de Roma de 1980, para determinar la prestación característica respecto del contrato de *leasing*, como categoría contractual, también llevaba a la aplicación de la ley de la sociedad de *leasing*, puesto que la financiación era considerada la prestación característica en dicho contrato³⁴⁰.

Sin embargo, existían propuestas tendentes a la aplicación de la ley del arrendatario, en la medida en la que coincidía con la ley de situación del bien y con la ley de ejecución del contrato³⁴¹. La idoneidad de dicha ley se debía a que el arrendatario era la parte a proteger y determinaba el marco jurídico de real y efectivo de aprovechamiento del bien; además, el hecho de que coincidiera con la ley de situación del bien, presentaba una vinculación estrecha, a la vez que unificaba el régimen de los efectos obligacionales y reales del *leasing*³⁴². Si bien este análisis tenía sentido cuando en virtud de la cláusula de escape recogida en el art. 4.5 del Convenio de Roma de 1980, porque en cualquier caso, el contrato debía quedar regulado por la ley que presentaba los vínculos más estrechos con el contrato, de ahí la posible aplicación de la ley del arrendatario. Aunque el Reglamento Roma I contempla la cláusula de excepción del art. 4.3 que nos lleva a la ley del Estado con el que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos, su aplicación es excepcional³⁴³.

c') Cláusula de cierre

144. Aunque es bastante remoto, por no decir imposible que se aplique la cláusula de cierre al contrato de *leasing*, se va a explicar brevemente su funcionamiento. En concreto, si se trata de un contrato de arrendamiento financiero, tal y como se califica en Derecho español, la cláusula de cierre no sería aplicable.

Pudiera darse el caso de que el contrato de *leasing* en cuestión no pudiese ser catalogado dentro de los ocho tipos de contratos del art. 4.1 del Reglamento Roma I, y el contrato careciese de “centro de gravedad”, por no poder identificarse un conjunto de “prestaciones más complejas”, por lo que tampoco sería de aplicación el art. 4.2 del Reglamento Roma I. En este caso, dicho contrato carecería de prestación característica, por lo que habría que acudir a la ley del Estado con el que el contrato presenta los

³³⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 862.

³³⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 862. Para un análisis detallado de la determinación de la prestación característica de los contratos de *leasing*, de acuerdo con la versión tradicional *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 241-251.

³⁴⁰ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 251.

³⁴¹ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 234.

³⁴² E.-M. BEY/ CH. GAVALDA, “Problematique juridique du *leasing* international”, *Gazette du Palais*, 1979-I, p. 144.

³⁴³ Para un análisis de la cláusula de escape del art. 4.3 del Convenio de Roma de 1980 con respecto de la cláusula de excepción del art. 4.3 del Reglamento Roma I *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 130-135.

vínculos más estrechos, en virtud del art. 4.4 del Reglamento Roma I, que opera como una cláusula de cierre, para fijar la ley aplicable al contrato³⁴⁴.

Para establecer la ley del Estado con el que el contrato presenta mayores vínculos, se debe proceder a realizar un *Balancing Test*, que se explica de forma detallada al abordar a continuación la cláusula de excepción. De manera que debe hacerse contrato por contrato, teniendo en cuenta que no todas las conexiones del contrato de *leasing* tienen el mismo valor, si bien se analizarán aspectos tales como la residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, lugar de celebración, calidad y cantidad de las prestaciones derivadas del contrato de *leasing*.

145. Pero en la mayoría de los casos, el contrato de *leasing* o va a ser catalogado como un contrato de prestación de servicios o la prestación característica va a ser la financiación, por lo que no se tendría que acudir a la cláusula de cierre del art. 4.4 del Reglamento Roma I, previsto para contratos sin prestación característica”.

d’) *Cláusula de excepción*

146. La cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 del Reglamento Roma I al igual que la cláusula de cierre del art. 4.4 de Reglamento Roma I, va a ser difícil que se aplique cuando se trata de un contrato de *leasing*, y en los contratos de arrendamiento financiero va a ser imposible.

Los requisitos para la aplicación de la cláusula de excepción son que el vínculo entre el contrato de arrendamiento financiero y un país, sean “manifiestamente más estrechos”, que los que unen a dicho contrato con el país de la residencia habitual de la sociedad de *leasing* o arrendadora de aeronaves, punto de conexión al que se llega en virtud del art. 4.1.b) del Reglamento Roma I; y además, que se desprenda “claramente” del conjunto de circunstancias, que el contrato de arrendamiento financiero de aeronaves civiles presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del que corresponde a la residencia habitual de la sociedad de *leasing*. Así que, la cláusula de excepción no sirve para hacer aplicable sin más, la Ley del país más vinculado con el contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles.

Para que opere la cláusula de excepción, recogida en el art. 4.3 del Reglamento Roma I, dado su carácter extraordinario –de ahí la denominación de la cláusula–, tienen que cumplirse todas las condiciones anteriormente señaladas. En primer lugar, para que opere dicha cláusula, el contrato de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles debe presentar vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del establecido por la regla general, recogida en el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I. Para que esta premisa sea satisfecha, es necesario que la conexión del contrato con el Estado del lugar de la administración central o de la sucursal de la sociedad de *leasing* o arrendadora de aeronaves sea fugaz, anecdótica o pasajera, no siendo suficiente que al realizar el *Balancing Test* exista una vinculación más estrecha del contrato con otro Estado que con el Estado de la administración central o sucursal del vendedor.

Además, el hecho de que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del establecido por el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I, debe deducirse claramente del conjunto de circunstancias que rodean al contrato, es decir que debe ser perceptible tanto por las partes como por el juez, de manera que la decisión del juez de aplicar la ley a la que lleva la cláusula de excepción no sorprenderá a las partes.

En cuanto a la carga de la prueba, no será el juez, sino la parte interesada en que se le aplique la ley designada por la cláusula de excepción, la que tenga que realizar la carga de la prueba, porque el juez aplicará la norma automática recogida en el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I y sólo si una de las partes demuestra al juez que existe otro país que presente claramente vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato, será la ley de ese otro Estado la que regule el contrato.

³⁴⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 862.

^A-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 872.

Y por último, será el juez el que finalmente, si considera que existe un país claramente con vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles, el que deberá motivar su decisión de aplicar la ley de dicho Estado, en base al art. 4.3 del Reglamento Roma I y no la ley de la administración central o sucursal del vendedor de aeronaves civiles, en virtud del art. 4.1.a) del Reglamento Roma I.

147. Se debe resaltar de todo lo anterior, que la cláusula de excepción se aplica de forma extraordinaria, si del conjunto de circunstancias que rodean al contrato de *leasing* puede establecerse claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado distinto, a aquel cuya ley es aplicable en virtud de los arts. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I. En cuyo caso, la ley de ese otro Estado debería aplicarse, siempre teniendo en cuenta que se realiza a instancia de parte y que el cambio de ley debe estar motivado por el juez.

Para determinar esto es necesario realizar un *Balancing Test*, para examinar las conexiones del contrato con el otro Estado, en el que todos los elementos del contrato no pesan lo mismo. Este *Balancing Test* consistiría en valorar los contactos del contrato específico de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles con los distintos países. En contraposición a los puntos de conexión rígidos, este método requiere un análisis “caso por caso” para la determinación de la Ley del contrato, que se ha venido utilizado en la cultura anglosajona, pero con el que los jueces continentales no están muy familiarizados. Para llevar a cabo este razonamiento “caso por caso” los vínculos más estrechos deben apreciarse entre un contrato específico y un país concreto, cuya Ley podría regir el contrato.

Para realizar correctamente el *Balancing Test* de un contrato específico de arrendamiento financiero internacional, se tienen que tener en cuenta tanto los elementos y contactos del contrato en cuestión, como de la situación contractual³⁴⁵. El Reglamento Roma I no fija una lista de contactos cerrada, ni la relevancia que los contactos dentro de dicha lista, pues la importancia de los distintos contactos cambiará en función del contrato específico que se haya celebrado³⁴⁶. Como determinados autores indican se debe realizar una búsqueda abierta de los contactos para determinar el país con la conexión más estrecha con dicho contrato³⁴⁷. Los contactos que se deben tener en cuenta para encontrar la vinculación más estrecha con el contrato pueden ser de distintos tipos: contactos subjetivos como son la residencia habitual o la sede de las partes; contactos territoriales como son el lugar de negociación y de celebración de contrato, el lugar de situación o de fabricación de la aeronave y el lugar de entrega de la aeronave; contactos jurídicos como la utilización de contratos propios de un país, es decir del Estado donde una de las partes tiene su administración central o una sucursal, que se atribuya la competencia a los tribunales de un Estado para conocer de los litigios derivados del contrato, es decir, la sumisión expresa o tácita, y la vinculación del contrato con otros contratos; y contactos económicos, como es el caso de una oferta dirigida por una de las partes al país de la sede de la otra parte contratante³⁴⁸.

Una vez que al realizar el *Balancing Test*, el contrato de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles presenta algunos vínculos con otro país distinto del Estado de la administración central de la sociedad de *leasing* de aeronaves –que es la ley que en principio regiría el contrato en virtud del art. 4.1.b) del Reglamento Roma I–, se debe comprobar que dichos vínculos presentan mayor valor localizador que otros vínculos que pudieran existir con otros países. En este sentido, al hacer el *Balancing Test* es más importante la calidad de los contactos que la cantidad de contactos del contrato con un concreto Estado. Como dentro del *Balancing Test* no todos los contactos tienen el mismo valor, se deben distinguir -tal y como lo denominan algunos autores- los elementos “con potencial localizador

³⁴⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 868-869.

³⁴⁶ Tal y como se recoge en los Considerandos (20) y (21) del Reglamento Roma I, donde señala que el juez deberá tener en cuenta entre otros aspectos si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otros contratos.

³⁴⁷ También es denominado como “*Open Search of the Closest Connection*” (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 869).

³⁴⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 869.

fuerte”, que son los que permiten a las partes prever fácilmente cuál es la ley que va a regir su contrato y los elementos “con potencial localizador débil”, que son los que no permiten a las partes determinar cuál es el Derecho aplicable a su contrato³⁴⁹.

Respecto de los elementos “con potencial localizador fuerte” se puede encontrar el lugar de la administración central de las partes en el contrato, así que si las dos partes tienen su administración central en el mismo país, sería un elemento muy importante a tener en cuenta sobre cual es el país más vinculado con dicho contrato. Otro elemento que refleja una vinculación muy estrecha con el contrato de arrendamiento financiero internacional es el lugar de ejecución de dicho contrato, es decir, el lugar de entrega de las aeronaves a la aerolínea arrendataria.

El contexto económico del contrato de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles también es un elemento muy importante dentro del *Balancing Test*, puesto que la parte contratante, que realiza una oferta o publicidad dirigida hacia otro país para el arrendamiento de aeronaves, se está arriesgando a que se le aplique la ley de ese otro Estado al que dirige la corriente de comercio internacional, también conocida como *International Stream-of-Commerce*³⁵⁰. Por eso, el país al que se dirige la *International Stream-of-Commerce* es el país más vinculado con el contrato, puesto que la ley de dicho país es la que las partes esperan que se aplique al contrato.

Otro elemento con “potencial localizador fuerte” es la existencia de una relación muy estrecha del contrato con otro u otros contratos, pues así lo establece el Considerando (20) del Reglamento Roma I, al obligar al juez a tener en cuenta este hecho para determinar el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos³⁵¹. Por lo tanto, la denominada “conexión accesorio” no va a servir como elemento con “potencial localizador fuerte” al realizar el *Balancing Test*, con el objetivo de averiguar si la cláusula de excepción del Reglamento Roma I va a ser de aplicación a los contratos de arrendamiento financiero cuando se tratan de contratos únicos. Se produciría una solución distinta en el caso de que se tratase de un grupo de contratos asociados a una operación de *leasing*, como se verá en el apartado VI del presente trabajo.

En cuanto a los elementos con “potencial localizador débil”, son aquéllos que sólo nos dan indicios de que un país puede estar más vinculado con el contrato, como por ejemplo, el tipo de contrato utilizado, es decir que aunque sea un contrato de arrendamiento financiero de aeronaves civiles, puede ser un modelo propio del Estado donde una de las partes tiene su administración central o una sucursal. También se consideran contactos con menor valor localizador a la hora de realizar el *Balancing Test*, el lugar de fabricación de la aeronave, el lugar de celebración del contrato, el lugar de negociación del mismo, el idioma del contrato, el lugar del pago previsto en el contrato, la moneda de pago o el tribunal o los tribunales elegidos por las partes³⁵². El TJUE ha señalado al respecto que dichos elementos no tienen un verdadero valor de conexión³⁵³.

148. Pero en cualquier caso, para la aplicación de la cláusula de excepción, es necesario que las conexiones recogidas en el art. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I pierdan “valor de localización” y que se

³⁴⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 869.

³⁵⁰ La teoría de la *International Stream-of-Commerce* ya fue utilizada en el siglo XVI por CH. DUMOULIN. Existen dos maneras de crear una *International Stream-of-Commerce*: mediante publicidad previa que incita a contratar y dirigida hacia un concreto mercado o país o a través de una oferta de contrato dirigida especialmente a empresas de un determinado país (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119).

³⁵¹ No obstante, el hecho de que exista una conexión muy estrecha entre un contrato y otros contratos, no conlleva de manera automática a la aplicación al primer contrato de la ley que rige los demás contratos. El juez no tiene por qué concluir obligatoriamente que una relación muy estrecha entre un contrato y otro, lleva a que la ley que rige el segundo contrato tiene que regular el primero, porque puede existir otro país con el que el contrato presente vínculos más estrechos. En cualquier caso, el juez deberá motivar su decisión, tanto si decide que la Ley que rige un contrato debe regular el otro contrato con el que existe una relación muy estrecha, como si decide lo contrario, para lo cual el juez dispone de un margen de apreciación. *Vid.* Considerando (16) del Reglamento Roma I.

³⁵² A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 871.

³⁵³ STJUE 6 octubre 2009, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) c. Balkenende Oosthuizen BV y MIC Operations BV*, C-133/08, *Rec.* 2009, p. I-09687, apartado 50.

trate de contactos formales, anecdóticos, casuales o fortuitos³⁵⁴. Pues bien, esto sólo se produce cuando la sede del prestador característico es circunstancial o temporal.

Si el contrato de *leasing* se rige por la ley de la residencia habitual de la sociedad de *leasing*, ya sea por el art. 4.1.b) o en su caso, por el art. 4.2 del Reglamento Roma I, sólo si el punto de conexión residencia habitual es meramente temporal, circunstancial o ha cambiado a otro país, podría activarse la cláusula de excepción, que nos llevaría a la ley del Estado con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Esto podría producirse cuando la sede central de la sociedad de *leasing* se encuentra, por motivos fiscales, en determinados países. En cuyo caso, la aplicación de la ley de dicho Estado podría implicar costes conflictuales muy elevados para las partes y puede resultara adecuado aplicar el art. 4.3 del Reglamento Roma I. Pero es necesario que el contrato muestre de un modo claro que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado distinto al de la sede circunstancial de la sociedad de *leasing*³⁵⁵.

En consecuencia, si se trata de un contrato de arrendamiento financiero entre ILFC y la aerolínea española Iberia de veinte aeronaves, para determinar la ley aplicable, habrá que acudir al art. 4.1.b) del Reglamento Roma I, que nos llevaría a la ley del Estado de la administración central de ILFC, que sería la ley de California. Al ser dicha sociedad de *leasing* una empresa consolidada, su residencia habitual no es fugaz o circunstancial, en cuyo caso la cláusula de excepción nunca podría aplicarse, aunque el contrato de arrendamiento financiero presentase vínculos más estrechos con España.

Ahora bien, si se tratara de un contrato de *leasing* entre una sociedad de *leasing* con sede en Aruba y la aerolínea inglesa British Airways, la ley aplicable sería la ley de la sede de la sociedad de *leasing*, que sería la de Aruba, paraíso fiscal³⁵⁶. Ahora bien, si dicho contrato presentara de forma clara vínculos manifiestamente más estrechos con Inglaterra, la cláusula de excepción podría hacer aplicable la ley inglesa y no la ley de Aruba, que es una ley que supondría costes conflictuales muy elevados para ambas partes, incluso para la sociedad de *leasing*, que sólo posee en Aruba su sede central a efectos fiscales³⁵⁷.

e') *La cesión del crédito y la subrogación convencional*

149. El contrato de *leasing* entre la sociedad de *leasing* y la aerolínea arrendataria funciona respecto de la compraventa como un contrato autónomo, que prevé expresamente una modificación subjetiva de la aerolínea arrendataria, en virtud de la cual ésta traspasa a la aerolínea las acciones que puedan corresponderle contra el fabricante de aeronaves, si se trataba de un contrato de compraventa de aeronaves nuevas o en su caso la aerolínea si se trata de un contrato de aeronaves usadas³⁵⁸.

Se trataría pues de una cesión de créditos, pero que no tiene la finalidad de la cesión de la gestión del cobro, sino que el cedente (la sociedad de *leasing*) seguirá siendo a todos los efectos el único y verdadero acreedor (sociedad de *leasing* frente al fabricante)³⁵⁹. La cesión tiene como objeto legitimar al cesionario (la aerolínea) para hacer valer el crédito y exigir la prestación que corresponda en nombre propio frente al fabricante³⁶⁰.

³⁵⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 866.

³⁵⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 867.

³⁵⁶ También podía haberse planteado el hipotético caso de que ILFC tuviera una oficina en Aruba, a través de la cual lleva operaciones de *leasing*, y dicho contrato se hubiera realizado en el ejercicio de las actividades de dicha oficina.

³⁵⁷ Efectivamente, con toda probabilidad dicha sociedad de *leasing* tiene su centro de operaciones en Inglaterra, desde la que realiza todas sus operaciones.

³⁵⁸ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 172.

³⁵⁹ La transmisión de derechos puede tener distinto alcance, así el art. 14.3 del Reglamento Roma I establece que dicho concepto de cesión incluye las transferencias plenas de derechos, las transferencias de derechos a título de garantía y las prendas u otros derechos de garantías sobre los derechos. Por lo tanto, el cambio de acreedor se produce en virtud de contrato, es decir se trata de una cesión o subrogación convencional (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 913-914)

³⁶⁰ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 172.

150. Pues bien, se deben distinguir por un lado, las obligaciones entre el cedente (sociedad de *leasing*) y el cesionario (la aerolínea) y por otro lado, las relaciones entre el cesionario y el deudor (fabricante). Así que habrá que determinar la ley aplicable a cada una de estas relaciones.

Por lo que respecta a las obligaciones entre el cedente y cesionario o entre el subrogante y el subrogado, serán establecidas por la ley que de conformidad con el Reglamento Roma I rige el contrato de cesión de créditos³⁶¹. El contrato de cesión de créditos no está incluido en la lista de los ocho contratos, porque no es un contrato de prestación de servicios³⁶². En este sentido, el contrato de cesión de créditos, que sería el de *leasing*, no es un contrato de prestación de servicios, pues su objetivo económico no es la prestación de un servicio, sino la transmisión de la titularidad de ese derecho. Es de aplicación el art. 4.2 del Reglamento Roma I, que dado que el prestador característico es el cedente, pues realiza la prestación más compleja, la ley de la administración central de la sociedad de *leasing* registrará dicho contrato³⁶³.

151. En cuanto a las relaciones entre el cesionario y el fabricante estarán sometidas a la ley que riga el contrato cedido, que no es otra que la ley que regula el contrato base entre el primitivo acreedor (sociedad de *leasing*) y el deudor (fabricante), que efectivamente es el contrato de compraventa³⁶⁴. Así que, en defecto de elección de ley, la ley que regularía el contrato de compraventa será la de la administración central de fabricante de aeronaves, Boeing o Airbus, es decir la ley del Estado de Illinois o la ley francesa, respectivamente³⁶⁵.

152. Por lo tanto, la validez y el contenido de la cláusula de subrogación de la aerolínea arrendataria en la posición de la sociedad de *leasing*, quedará regulado por la ley de la administración central de la sociedad de *leasing*. Sin embargo, los efectos de esta cláusula sobre la relación jurídica entre fabricante y la sociedad de *leasing*, es decir las condiciones en las que la aerolínea arrendataria podrá ejercitar la acción directa frente al fabricante, estará regulado por la ley aplicable al contrato de compraventa³⁶⁶.

En consecuencia, tal y como señala el art. 14.2 del Reglamento Roma I, la ley del crédito cedido, que es la ley aplicable al contrato de compraventa regula el carácter transferible del crédito; las relaciones entre deudor y el cesionario; las condiciones de la oponibilidad de la cesión frente al deudor, como por ejemplo la notificación; y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor. Sin embargo, no regula las condiciones de oponibilidad de esta cesión frente a terceros³⁶⁷.

B. Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional

153. En cuanto a la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional se van a explicar los aspectos fundamentales del mismo, pero no de manera muy extensa ya que sólo diez países se han adherido al mismo, entre los que no está España.

³⁶¹ Art. 14.1 Reglamento Roma I.

³⁶² A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 915. Si bien el art. 12.1 del Convenio de Roma de 1980 señalaba otra cosa distinta: que la ley aplicable debe ser la ley que rige el contrato de cesión, que es el contrato de *leasing*. En definitiva, que la ley aplicable será la señalada por la autonomía de la voluntad de las partes, o en su defecto, la ley del Estado de la administración central de la sociedad de *leasing* (P. RODRÍGUEZ MATEOS (*El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 172).

³⁶³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 914.

³⁶⁴ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 172.

³⁶⁵ Arts. 3 y 4.1.a) Reglamento Roma I.

³⁶⁶ Sobre la aplicación de la teoría de la modificación subjetiva *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, *Garantías reales en el comercio internacional. Reserva de dominio, venta en garantía y leasing*, Civitas, Madrid, 1993, p. 224. M. VIRGÓS SORIANO (“Obligaciones contractuales” en J.-D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6^a ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, p. 197) establece que la situación jurídica del deudor no puede ser modificada sin su consentimiento, por lo que debe estar regulada y garantizada por la ley aplicable al contrato de compraventa.

³⁶⁷ Para un detalle de cómo cada ordenamiento resuelve esta laguna *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 914.

154. Como ya se ha estudiado el ámbito de aplicación espacial del mismo, se va a explicar el ámbito de aplicación material del mismo, para comprender el poco éxito que ha tenido.

Se aplica a las operaciones de *leasing* financiero internacional, con exclusión del *leasing* operativo³⁶⁸. A estos efectos, se distinguen los dos aspectos de esta operación: el contrato de suministro que el arrendador, por indicación del arrendatario, celebra con un tercero, proveedor, en virtud del cual el arrendador adquiere el equipo en los términos establecidos por el arrendatario; y el contrato de *leasing* en sentido estricto entre arrendador y arrendatario, en virtud del cual, el primero cede al segundo el derecho a usar la aeronave, mediante el pago de cuotas. El hecho de que no se aplique a los arrendamientos operativos, que cada vez suponen un volumen mayor frente a los arrendamientos financieros, es uno de los motivos de que haya fracasado.

A efectos de la aplicación del Convenio no es necesario que el *leasing* vaya acompañado de una opción de compra en favor del usuario. En este sentido, los ordenamientos están divididos como se ha visto al analizar la calificación de los contratos de arrendamiento financiero, de manera que en algunos Estados es indispensable que exista opción de compra, mientras que en otros no.

En cuanto a los bienes objeto de *leasing* se exceptúan aquellos, que de un modo principal, sean destinados por el usuario para uso personal, familiar o doméstico³⁶⁹. En esto coincide con la normativa española aunque no en el asunto de la opción de compra, que en el ordenamiento español es obligatorio

155. Por último, señalar que en los arts. 7 a 14 se regula el contenido del contrato, es decir los derechos y obligaciones de las partes, y la oponibilidad de derechos frente a terceros, con una continua remisión a las normas de Derecho internacional aplicables. En cuanto a la oponibilidad de los derechos reales del arrendador sobre la aeronave frente a los síndicos de la quiebra y determinados acreedores, sin que efecte esta oponibilidad a otros acreedores³⁷⁰. Los requisitos de publicidad para la oponibilidad van a ser designados por la ley del Estado de matriculación de la aeronave, lo cual coincide con la regulación de los derechos sobre las aeronaves en la mayoría de los ordenamientos³⁷¹.

Coincidiendo con lo señalado sobre el arrendamiento financiero, la Convención señala que el arrendador no incurre en responsabilidad frente al arrendatario en relación con el bien, salvo por los perjuicios derivados de la mala elección del proveedor o de las cualidades del bien³⁷².

VI. Grupos de contratos asociados al *financial lease* o *capital lease* de grandes aeronaves civiles

1. Cuestiones preliminares

156. Los grupos de contratos, megacontratos o *ensemble conventionnel complexe*, se utilizan con mucha frecuencia en las operaciones de *leasing* de aeronaves. Estos grupos de contratos están formados por contratos menores y aunque parece que conforman un único contrato, en realidad se trata de un conjunto de diversas figuras contractuales como son la compraventa, el *leasing* (u otro contrato de financiación), el contrato de garantía y otros en relación con las aeronaves.

³⁶⁸ Art. 1.1º a y b Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption de projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Acts*, Vol. I, Roma 1991, pp. 333-334).

³⁶⁹ Art. 1.4 Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption de projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Acts*, Vol. I, Roma 1991, p. 334).

³⁷⁰ Estos otros acreedores son aquellos titulares de privilegios aeronáuticos o de embargo preventivo, en virtud de su art. 5 (UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption de projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Acts*, Vol. I, Roma 1991, p. 336).

³⁷¹ Este es el caso de España, cuyo art. 10.2 de Código Civil remite en materia de derechos reales sobre las aeronaves a la ley del Estado de abnaderamiento de la misma.

³⁷² Para un mayor detalle sobre las responsabilidades de ambas partes *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 82.

157. Se va a explicar un caso real, a través de un grupo de contratos alrededor de una operación de *leasing* entre Airbus y American Airlines, que se celebró en el año 2011, en los que cada uno de los contratos dispone de su propia cláusula de elección de tribunal, que no atribuye competencia exclusiva. Dicha operación es denominada acuerdo de compraventa aunque en el acuerdo se señala que se trata de un acuerdo de compraventa y de *leasing*, ya que señala textualmente: “*The Seller will sell and deliver the Purchase Aircraft to the Buyer, and the Buyer will purchase and take delivery of the Purchase Aircraft from the Seller, subject to the terms and conditions contained in this Agreement. The Seller will sell, or transfer, and deliver the Leased Aircraft to the Lessor, and, subject to the terms and conditions contained in this Agreement, the Buyer will lease from and take delivery of the Leased Aircraft from the Lessor*”³⁷³. Pues bien, para llevar a cabo la adquisición de un número determinado de Airbus A320 se redacta este acuerdo general o acuerdo marco de compraventa y *leasing* entre el fabricante Airbus y la aerolínea American Airlines.

Pero además se redacta un contrato de *leasing* con opción a compra entre Airbus que se compromete a vender las aeronaves para que sean alquiladas por parte de American Airlines, mientras que American Airlines se compromete a alquilarlas desde la compañía a la que Airbus le haya vendido las aeronaves³⁷⁴.

También se incluye un acuerdo de *trust*, entre el denominado *Owner Participant* y que no se señala quién es para que sea confidencial y por el *Owner Trustee*, que es en principio el banco Wells Fargo Bank Northwest.³⁷⁵ En virtud de este acuerdo, el *Owner Trustee* comprará los A320 al fabricante Airbus y se los alquilará a American Airlines, a través del acuerdo de *leasing* ya señalado; mientras que el *Owner Participant* creará el *trust* para la propuesta de adquisición de las aeronaves por parte del *Owner Trustee* y su alquiler a American Airlines.

Además, se realiza un acuerdo de participación denominado “*Participation Agreement*” entre American Airlines, el *Owner Participant* y Wells Fargo Bank Northwest (como *Owner Trustee*)³⁷⁶. En este acuerdo se viene a recoger la idea anterior reflejada en el acuerdo de *trust*, pero se señala entre otras cosas los beneficios que obtendrá el *Owner Participant* por el acuerdo de constitución del *trust* entre el *Owner Participant* y el *Owner Trustee*.

Por último, se celebra un acuerdo de garantía, en virtud del cual el *Owner Participant* actúa como garante de ciertas transacciones contempladas en el acuerdo de participación antes mencionado³⁷⁷.

Pues bien, sólo anticipar que todos estos contratos salvo el del *trust* contienen una cláusula en la que someten sus controversias a la competencia no exclusiva de los tribunales de Estado de Nueva York, a la vez que eligen como ley aplicable al contrato el Derecho de Nueva York³⁷⁸. Sin embargo, en el contrato de constitución del *trust* se someten las controversias a los tribunales de Utah, lo cual implica que no es una competencia exclusiva y que están eligiendo como ley aplicable las leyes de Utah³⁷⁹.

³⁷³ Acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, p. 15, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

³⁷⁴ Letter Agreement núm. 1 (*Leasing Matters*) del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, Cláusula 1 (*The leases*), p. 1, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014). En esta cláusula se pacta que Airbus alquilará las aeronaves a American Airlines, a través de la constitución de un *trust*.

³⁷⁵ Se señala en principio porque puede ser que ese banco actúe como “*Owner Trustee*” o cualquier otro banco aceptado por American Airlines. Annex C (*Form of Trust Agreement*) Trust Agreement del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, p. 1, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

³⁷⁶ *Participation Agreement* del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, p. 1, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

³⁷⁷ *Guarantee* del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, p. 1, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

³⁷⁸ *Participation Agreement* del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, Cláusula 10.7.7 (*Governing Law; Jurisdiction*), p. 44, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

³⁷⁹ *Trust Agreement* del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, p. 15, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

2. Competencia judicial internacional

A. Reglamento 1215/2012

158. Se estudiarán los foros de los que disponen las partes en caso de litigio en relación con los grupos de contratos realizados en torno a una operación de *leasing* sobre grandes aeronaves civiles.

a) Ámbitos de aplicación

159. En cuanto a los ámbitos de aplicación del Reglamento 1215/2012, han sido analizados previamente en el apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente en el epígrafe V.II.A.a).

b) Foros de competencia judicial internacional

160. Para que un tribunal se pueda declarar competente por un litigio derivado de un grupo de contratos relativos a una operación de *leasing* de aeronaves, las partes deben haberse sometido a él de manera expresa o tácita, que tenga el domicilio en el Estado en el que el demandado está domiciliado, o que se le atribuya competencia por el foro especial.

a') *Foro de la sumisión expresa*

161. Como se trata de grupos de contratos, las partes pueden incluir en cada uno de los contratos una cláusula eligiendo el tribunal de un Estado miembro ante el que plantear sus controversias, en virtud del art. 25 del Reglamento 1215/2012. Eso sí, cada cláusula de sumisión expresa a los tribunales de un Estado miembro tiene que cumplir con una serie de requisitos para que sea válida conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012 y que son: que se haga a favor de un Estado miembro, que haya un auténtico acuerdo de sumisión, es decir que sea válido tanto formal como materialmente y que se haga en relación con el contrato en cuestión en el que la cláusula está inserta. Se debe añadir que aunque se trate de grupos de contratos en los que algunos de ellos pueden estar vinculados, la cláusula de sumisión inserta en el contrato de *leasing* no afecta en nada al resto de contratos que conforman la operación de *leasing*, pues cada uno de ellos dispondrá de su propia cláusula de sumisión a favor de unos tribunales concretos y que pueden ser distintos a los elegidos en el pacto de elección de tribunal incluido en el contrato de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles³⁸⁰.

El art. 25 del Reglamento 1215/2012 señala que el pacto de sumisión no puede ser contrario a los arts. 15, 19 y 23 del Reglamento, ni excluya la competencia de los tribunales exclusivamente competentes en virtud del art. 24 del Reglamento 1215/2012. Pero el pacto de sumisión expresa que se incluye en un contrato internacional de *leasing* de grandes aeronaves ya cumple esta condición, porque la materia del contrato no es objeto de un foro exclusivo; ni se trata de un pacto inserto en un contrato que vincula a una parte débil como ocurre con los contratos de seguros, consumidores o de trabajo; y tampoco está vinculado con ningún *trust*. Ahora bien uno de los contratos que conforman el grupo de contratos, es el contrato del *trust* para llevar a cabo la operación de *leasing*. Pues bien en relación con dicho contrato de *trust*, el art. 25 del Reglamento 1215/2012 establece que los tribunales de un Estado miembro que hayan sido elegidos en dicho contrato constitutivo de *trust*, serán exclusivamente competentes para conocer de

³⁸⁰ Si se sigue con el ejemplo inicial que es ilustrativo de una operación real de *leasing* a través de grupos de contratos, se puede observar que el acuerdo de *trust*, el acuerdo de Participación ("*Participation Agreement*") y el de garantía están vinculados, de la misma manera que el contrato de compraventa con el de *leasing* (Acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014)). Pues bien aunque estos contratos están vinculados, cada contrato dispone de su propia cláusula de sumisión, aunque no son válidas bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012 porque nos llevan a los tribunales de Estados que no son miembros.

cualquier acción contra el fundador, el *trustee* o el beneficiario de un *trust*, cuando se trata de relaciones entre estas personas o de sus derechos u obligaciones en el marco del *trust*³⁸¹.

Para que el pacto de sumisión a favor de un Estado miembro sea válido, no es necesario que las partes estén domiciliadas en ningún Estado miembro. Así pues, los pactos de elección de tribunal a favor de un Estado miembro cuando las partes están domiciliadas en terceros Estados son válidos.

También se debe recordar que el pacto de sumisión expresa es válido en la medida en que se atribuye competencia a los tribunales de un Estado que carecía de competencia en virtud de los foros del Reglamento 1215/2012. De manera que cada una de las cláusulas será válida en la medida en que otorgue competencia a un tribunal de un Estado miembro que no era competente por un foro del Reglamento 1215/2012. Desde este punto de vista, podría suceder que una de las cláusulas a favor de un Estado miembro inserta en uno de los contratos no fuese válida conforme al Reglamento 1215/2012, mientras que otras sí. En cuyo caso, habría que acudir a las normas de producción interna del Estado al que se han sometido las partes, para determinar si este pacto de sumisión que no cumple con los requisitos establecidos del Reglamento 1215/2012, sí es válido bajo las normas de producción interna³⁸².

Por último, antes de analizar las características formales de los pactos de sumisión, se debe recordar que será válido en cuanto al fondo cada pacto incluido en cada uno de los contratos que forman la operación de *leasing*, siempre que cada uno de ellos no sea nulo de pleno derecho en virtud de las normas de conflicto del Estado cuyo tribunal ha sido elegido por cada uno de los pactos, respectivamente³⁸³.

162. Como se trata de un grupo de contratos relacionados con la operación de *leasing*, lo habitual es que cada contrato tenga su propia cláusula de sumisión realizada por escrito. Por lo que las partes de cada uno de los contratos se tienen que reunir para pactar las cláusulas, entre ellas la de elección de tribunal, de los que queda constancia por escrito. De manera que puede suceder que cada contrato atribuya competencia a tribunales de Estados distintos, como ya se ha visto en el acuerdo de compra de varias aeronaves de la familia A320 entre Airbus y American Airlines.

Por lo tanto, el acuerdo de sumisión inserto en el borrador de un contrato que no llegó a materializarse en un contrato porque no llegó a firmarse, no cumple con el requisito de forma escrita bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012³⁸⁴. Al respecto se debe señalar que en los Estados donde es el Derecho civil el que rige, los acuerdos no vinculan a las partes a no ser que se haya realizado el contrato formalmente y que esté firmado por todas las partes.

Sin embargo, bajo el *Common Law* se pueden realizar acuerdos preliminares que las partes se obligan a cumplir y que se reconocen si se ejecuta la *letter of intent* en las que están incluidos tales acuerdos, pero no es necesario que el acuerdo cumpla con más requisitos de forma³⁸⁵. Por lo tanto, un

³⁸¹ Ahora bien, estas disposiciones en dichos contratos de *trust* para la operación de arrendamiento financiero tendrán efecto, ya que dichos contratos constitutivos de *trust* no son una materia objeto ni de foros exclusivos, ni existe una parte débil en el contrato, como sucede con los contratos de consumidores, de seguros y de trabajo.

³⁸² En Derecho español, las normas de producción interna en materia de competencia judicial internacional están recogidas en el art. 22 de la LOPJ.

³⁸³ Como ya se dijo al estudiar la sumisión en el marco del contrato de compraventa, si las partes eligen los tribunales españoles, será la ley que rige el contrato en virtud del Reglamento Roma, la que establezca la nulidad de la cláusula de sumisión. Sin embargo, si eligen a los tribunales franceses, estos deben decidir según los datos del caso si el acuerdo es válido, sin necesidad de acudir a ninguna ley concreta. Pero en lo que respecta a la capacidad de las partes, ésta quedará regulada por la norma de conflicto del Estado del foro.

³⁸⁴ En Estados donde impera el Derecho civil los acuerdos no vinculan a las partes a menos que se haya realizado formalmente un contrato y que esté firmado por todas las partes. Sin embargo, bajo el *Common Law* se pueden realizar acuerdos preliminares que las partes se obligan a cumplir, que se reconocen si se ejecuta la *letter of intent* en las que están incluidos tales acuerdos, pero no es necesario un acuerdo con más requisitos de forma (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 22-23). En este sentido, una cláusula de sumisión incluida en una *letter of intent* no sería válida conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012. Si bien el uso de las *letter of intent* se utiliza en países donde rige el *Common Law*, en los contratos de compraventa de aeronaves civiles se recurre a ellas como se verá al estudiar el *leasing* realizado través de grupos de contratos. Por esta razón, incluso aunque el objetivo de las *letter of intent* no sea vinculante, por si surgen posibles conflictos de leyes, es importante que la *letter of intent* especifique el derecho aplicables para que puede determinarse su validez (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, p. 23).

³⁸⁵ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 22-23.

cláusula de sumisión incluida en una *letter of intent* no sería válida conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012. Si bien el uso de las *letter of intent* se utiliza en países donde rige el *Common Law*, en los contratos de adquisición de aeronaves civiles se recurre a ellas como se verá al estudiar el *leasing* realizado través de grupos de contratos. Por esta razón, incluso aunque el objetivo de las *letter of intent* no sea vinculante, por si surgen posibles conflictos de leyes, es importante que la *letter of intent* especifique el derecho aplicable para que pueda determinarse su validez³⁸⁶. Precisamente la *letter of agreement* que se recoge en el acuerdo de compra (en la que se incluye el *leasing*) de varias aeronaves de la familia A320 entre Airbus y American Airlines, en la que se señalan los aspectos referentes al *leasing*, establecen que serán competentes los tribunales del Estado de Nueva York³⁸⁷.

163. Aunque las partes tienen la posibilidad de elegir los tribunales de varios Estados miembros, cuando se trata de grupos de contratos alrededor de una operación de *leasing*, cada cláusula de sumisión suele atribuir la competencia a los tribunales de un sólo Estado miembro. Pero además si en virtud del Reglamento 1215/2012 se realiza un pacto de sumisión a favor de los tribunales de un Estado miembro, se entiende que éste tiene carácter exclusivo, a no ser que se establezca lo contrario.

Sin embargo, cuando se trata de contratos celebrados bajo el Derecho estadounidense, en los que a través de un pacto de sumisión se atribuye la competencia a los tribunales de un Estado de Estados Unidos –que no sería válida bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012–, es habitual que se señale que esta competencia no es exclusiva. Por lo tanto, aunque la cláusula designa un único tribunal competente pueden existir otros tribunales competentes en virtud de otros foros del Reglamento 1215/2012. *Ad. ex.* en el grupo de contratos que articula una operación de compraventa y *leasing* entre Airbus y American Airlines, cada uno de los contratos dispone de su propia cláusula de elección de tribunal, que no atribuye competencia exclusiva. En el apartado de *Miscellaneous* del contrato de *leasing* se establece que dicho contrato se ha realizado bajo las leyes del Estado de Nueva York, incluyendo todos los aspectos relativos a la realización, validez y reconocimiento del contrato³⁸⁸. Aunque no se añade nada más en esta cláusula, por el resto de cláusulas de los demás contratos, son los tribunales del Estado de Nueva York los elegidos también para conocer del asunto, porque existe una conexión entre la cláusula de elección de ley y la de elección de tribunal³⁸⁹. En esta cláusula se entiende que dicha competencia no es exclusiva, como se podrá ver en la cláusula de elección de tribunal de alguno de los contratos que conforman el grupo de contratos. Por lo tanto, los tribunales de un Estado miembro pueden ser competentes si se le atribuye competencia por alguno de los foros del Reglamento 1215/2012.

164. Se debe tener en cuenta que las cláusulas de sumisión pueden afectar a litigios pasados, presentes o futuros, aunque es fuente de disputas el hecho de que pueda afectar a litigios pasados.

Sin olvidar, que las partes pueden acordar que la competencia de los tribunales en dicho pacto realizado de acuerdo con el art. 25 del Reglamento 1215/2012, sea exclusiva o no exclusiva. Pero si no se dice nada se entiende que dicha competencia es exclusiva³⁹⁰.

165. En principio, los grupos de contratos que conforman una operación de *leasing*, aunque algunos de ellos pueden estar vinculados, la cláusula de sumisión inserta en el contrato de *leasing* no afecta en nada al resto de contratos que conforman la operación de *leasing*. Si se tiene en cuenta el ejemplo de contrato que es ilustrativo de una operación real de *leasing* a través de grupos de contratos expli-

³⁸⁶ D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 22-23.

³⁸⁷ Letter Agreement núm. 1 (*Leasing Matters*) del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, Section 28.f (*Miscellaneous*), p. 33, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

³⁸⁸ Letter Agreement núm. 1 (*Leasing Matters*) del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, Section 28.f (*Miscellaneous*), p. 33, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

³⁸⁹ Sin embargo, según se recoge la sumisión en el art. 25 del Reglamento 1215/2012, la elección del derecho aplicable de un Estado no implica que se haya elegido también a los tribunales de dicho Estado para conocer del asunto.

³⁹⁰ Por otro lado, en los contratos realizados bajo el derecho de un Estado que rige el *Common Law*, lo habitual es que se pacte que el acuerdo a favor de los tribunales de un Estado no tenga carácter exclusivo.

cado al principio, se puede observar que el acuerdo de *trust*, el acuerdo de Participación (“*Participation Agreement*”) y el de garantía están vinculados, de la misma manera que el contrato de compraventa está vinculado con el de *leasing*³⁹¹.

Aunque en principio, el acuerdo de sumisión expresa de cada uno de los contratos sólo produce efectos entre las partes que los firman y no frente a terceros. Sin embargo, puede tener efectos hacia terceras personas, que pueden estar vinculadas por el acuerdo de sumisión aunque no formen parte de él, o que no hayan realizado un consentimiento expreso del acuerdo de sumisión³⁹². Pero como ya se ha señalado en ocasiones anteriores este sería el caso de la cesión de créditos o la subrogación.

Pero la extensión del pacto de sumisión a terceros no sería posible en el caso de las cadenas de contratos que es lo que forman el grupo de contratos alrededor de la operación de *leasing*. En definitiva, una simple conexión entre contratos no es suficiente para que un acuerdo de sumisión de un contrato sea aplicable al otro contrato. Del mismo modo, que una cadena de contratos no es suficiente para extender los efectos del acuerdo de sumisión incluido en uno de los contratos al resto de contratos de la cadena, como ocurre con algunos de los contratos vinculados, que se realizan en el marco de una operación de *leasing*³⁹³.

b’) *Foro de la sumisión tácita*

166. El funcionamiento de la sumisión tácita, analizado para los contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, es el mismo que para los grupos de contratos que se elaboran alrededor de una operación de *leasing* internacional de aeronaves. Por lo tanto, para su estudio se debe acudir al apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente al epígrafe V.II.A.b).

c’) *Foro del domicilio del demandado*

167. De la misma manera el foro del domicilio del demandado estudiado en los contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, es igualmente de aplicación para los grupos de contratos en relación con una operación de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles. Por lo tanto, para su estudio se debe acudir al apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente al epígrafe V.II.A.c).

d’) *Foro especial en materia contractual*

168. Cuando se trata de grupos de contratos, el litigio puede surgir de cualquiera de los contratos relacionados con la operación de *leasing* sobre las aeronaves civiles, que constituyen un *ensemble conventionnel complexe*. Pues bien, las partes en un litigio derivado de cualquiera de los contratos que rodean la operación de *leasing* un contrato pueden acudir también al foro especial en materia contractual recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012; siempre y cuando los contratos se encuentren dentro del ámbito a aplicación material del Reglamento 1215/2012.

³⁹¹ Acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014). Pues bien aunque estos contratos están vinculados, cada contrato dispone de su propia cláusula de sumisión, aunque no son válidas bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012 porque nos llevan a los tribunales de Estados que no son miembros.

³⁹² Así de conformidad con el art. 8.2 del Reglamento 1215/2012, si una parte intenta añadir a una parte en el proceso, cuando las partes han concluido un acuerdo válido de jurisdicción, posteriormente a efectos de los procedimientos que se planteen, la parte que se ha sumado estará vinculada por el acuerdo que existía entre las partes que iniciaron el proceso original. Pero cuando un demandante interpone una demanda contra varios demandados en el mismo proceso, un pacto de sumisión puede ser invocado por y contra el demandado con el que se ha concluido el pacto de sumisión. Aunque éste no puede ser alegado por y contra el resto de demandados con los que no se ha firmado dicha cláusula atributiva de competencia.

³⁹³ U. MAGNUS, “Prorogation of jurisdiction”, *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2^a Edición, Selp, Munich, 2012, p. 509.

Este foro es alternativo al foro del domicilio del demandado. Lo cual quiere decir que si no existe acuerdo de sumisión, el demandante puede elegir entre accionar contra el demandado en el Estado miembro en el que esté domiciliado, en virtud del art. 4 del Reglamento 1215/2012; o bien ante los tribunales del Estado miembro en virtud del foro especial por razón de la materia, recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

169. Para que sea de aplicación el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012, tiene que tratarse de un litigio en materia contractual, el cual comprende los litigios derivados de un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra³⁹⁴. Esta noción es amplia, de manera que el litigio puede referirse a una materia contractual aunque el contrato en cuestión no se haya celebrado formalmente, incluso sería también válido si no existiese un contrato.

En cuanto a las aeronaves civiles, lo habitual es que se haya celebrado por escrito el contrato de arrendamiento financiero referente a ellas. Por lo que, los litigios que surjan entorno a ellos serán considerados materia contractual, siendo posible la aplicación del art. 7.1 del Reglamento 1215/2012. Aunque en Derecho anglosajón, se plantean casos en los que existe un consentimiento libremente asumido por de las partes, pero no se refleja formalmente en un contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles. Este es el caso de las *letter of intent* como se ha podido comprobar en el ejemplo planteado al principio de un grupo de contratos que forman un *ensemble conventionnel complexe*³⁹⁵. Pues a estas situaciones también es de aplicación este precepto.

Sin embargo, se debe aclarar que la calificación como contractual de la materia del litigio no prejuzga la solución que finalmente se otorgue al caso cuando se decida sobre el Derecho aplicable al mismo, ya que puede ser considerada una materia extracontractual. En cuyo caso, les serán de aplicación las normas relativas a las obligaciones extracontractuales.

Por otro lado, es un foro que atribuye competencia judicial internacional y territorial³⁹⁶.

170. El foro especial en materia contractual establece que si se trata de un contrato de compraventa o de prestación de servicios y se ha pactado el lugar de entrega o de prestación del servicio en un Estado miembro, serán competentes los tribunales de dicho Estado, en virtud del art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012. Si no fuese de aplicación dicho precepto para un litigio derivado del contrato en cuestión, entonces se acudiría al lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida de dicho contrato, para averiguar si existe algún tribunal de un Estado miembro competente, en virtud del art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012. Por lo tanto, habrá que determinar para cada uno de los contratos cuál o cuáles de los preceptos les son de aplicación. En este sentido, aunque se analizan brevemente todos los contratos, el litigio surgirá en relación con uno de los contratos, puesto que como ya se dijo cada contrato puede tener incluso su propia cláusula de elección de tribunal.

171. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de entrega o de prestación del servicio para cada uno de los contratos (art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012). Para saber si en caso de litigio sobre uno de los contratos que conforman la operación de *leasing* de aeronaves civiles, se puede acudir al tribunal del Estado de lugar de entrega o de prestación del servicio, habrá que determinar primero si éste puede ser calificado como un contrato de compraventa o de prestación de servicios. Si

³⁹⁴ STJCE 22 marzo 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, C-34/82, Rec. 1983, p. 00987, apartados 11-15; STJCE 17 junio 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, C-26/91, Rec. 1992, p. I-03967, apartado 15; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion européenne SA y otros c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV y Capitaine commandant le navire "Alblasgracht V002"*, C-51/97, Rec. 1998, p. I-06511, apartado 17; STJCE 17 septiembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, Rec. 2002, p. I-07357, apartados 23, 24 y 27; STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil SA c. Assitalia SpA*, C-265/02, Rec. 2004, p. I-01543, apartado 24; STJCE 20 enero 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, Rec. 2005, p. I-00481, apartados 50-51.

³⁹⁵ Para conocer la redacción de un modelo de *letter of intent* vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 23-45.

³⁹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 724.

escogemos el acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines, para poder hacer el estudio, el contrato de compraventa y de *leasing* ya han sido analizados anteriormente³⁹⁷. Por lo tanto, se va a analizar el foro especial en relación con el contrato de garantía exclusivamente³⁹⁸.

En este sentido, el concepto de prestación de servicios que establece el Reglamento 1215/2012 es un concepto amplio, por lo que comprende los contratos que generan tanto obligaciones de medios como de resultados³⁹⁹. Por lo tanto, el contrato de garantía será considerado como un contrato de prestación de servicios⁴⁰⁰. Así que si se ha pactado un lugar de prestación del servicio de garantía en un Estado miembro, el tribunal de dicho Estado miembro será el competente por el foro especial.

172. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida (art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012). No se podrá acudir a aplicación la solución directa contemplada en el art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012 para cualquiera de los contratos que conforman los grupos de contratos, cuando se de una de estas tres condiciones: que no exista un pacto en el contrato de lugar de entrega o de prestación del servicio –dependiendo del contrato en cuestión–; que exista un pacto en contrario entre las partes; o que el lugar pactado de entrega de la aeronave o de prestación del servicio se encuentre en un Estado no miembro.

En cuyo caso, para cualquiera de los contratos que forman el *ensemble conventionnel complexe* habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 7.1.c) del Reglamento 1215/2012, que a su vez nos remite al art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012, el cual establece que será competente el tribunal del Estado miembro correspondiente al lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida, que es la obligación que sirve a la demanda⁴⁰¹. Pues bien, la obligación que sirve de base a la demanda u obligación incumplida puede ser cualquier obligación que derive del contrato en cuestión.

173. Para concretar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida, se debe acudir a la Ley aplicable al contrato, la cual se determinará con arreglo a las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto⁴⁰². En consecuencia será la ley aplicable al contrato en virtud del Reglamento Roma I el que establezca el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida⁴⁰³. De manera que la ley nacional del Estado miembro al que remite el Reglamento Roma I es el que establezca el tribunal competente por el foro especial.

³⁹⁷ En el contrato de compraventa y en el de *leasing*, ya se explicó que era posible la determinación del tribunal competente a través de las soluciones directas, que nos llevaban al lugar de entrega de la aeronave. Eso sí, siempre que se pacte en el contrato el lugar de entrega en un Estado miembro.

³⁹⁸ Por lo que respecta al contrato de *trust* y al de participación ("*Participation Agreement*") no son objeto de análisis por no extender más el presente trabajo.

³⁹⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 731.

⁴⁰⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 732.

⁴⁰¹ STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, Rec. 1976, p. 01473.

⁴⁰² STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, Rec. 1976, p. 01473; STJCE 6 octubre 1976, *A. De Bloos, SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, 14/76, Rec. 1976, p. 01497; STJCE 29 junio 1994, *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, C-288/92, Rec. 1994, p. 02913; STJCE 28 septiembre 1999, *GIE Groupe Concorde y otros c. Capitán del buque "Suhadiwarno Panjan" y otros*, C-440/97, Rec. 1999, p. I-06307; STJCE 5 octubre 1999, *Leathertex Divisione Sintetici SpA c. Bodetex BVBA*, C-420/97, Rec. 1999, p. I-06747; STJCE 19 febrero 2002, *Besix SA c. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) y Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog)*, C-256/00, Rec. 2002, p. I-01699; STJCE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, Rec. 2009, p. I03327.

⁴⁰³ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 134; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 736-737.

3. Ley aplicable

A. Reglamento Roma I

174. Pues bien en estos casos, estaríamos ante lo que podría denominarse como megacontratos o “*ensemble conventionnel complexe*”. El uso de los megacontratos, que están formados por contratos menores, está bastante extendido cuando se trata de la adquisición de las aeronaves civiles. Como se podrá comprobar al estudiar los modelos de contratos en la redacción de los mismos, el megacontrato aunque parece un único contrato, está formado normalmente por varias figuras contractuales que son la compraventa, el *leasing* (u otro contrato de financiación), el contrato de garantía y otros. Al ser varios contratos distintos unos de otros, cada uno tendrá su ley aplicable y habrá que determinar igualmente la competencia judicial internacional para cada tipo de contrato en caso de litigio. En el presente trabajo se están analizando de manera separada, porque como se verá en el ejemplo que antes se ha señalado, las partes han pactado el tribunal y la ley aplicable a cada una de las figuras contractuales. Por lo tanto, las partes tienen la posibilidad de elegir de forma separada la Ley reguladora de cada contrato, así como de pactar la elección del tribunal o de acudir a arbitraje⁴⁰⁴.

Efectivamente no es posible fijar la Ley aplicable a un conjunto de contratos o a una operación contractual internacional sobre aeronaves, como la planteada cuando se trata de grupos de contratos en torno a una operación de *leasing*, en el que existe un contrato de compraventa, un contrato de *leasing*, un contrato de garantía, un contrato de *trust*, etc..., independientemente de los vínculos que puedan existir entre los distintos tipos de contratos que engloban la operación comercial⁴⁰⁵. En consecuencia, el contrato de compraventa internacional de aeronaves estará regulado por una Ley, mientras que el contrato de *leasing* internacional vendrá regulado por otra ley distinta, así como el de garantía tendrá también su propia ley reguladora, y así sucesivamente con todos los contratos que formen parte de la operación comercial internacional de adquisición de la aeronave o aeronaves. Por lo tanto, si se quiere elegir la ley aplicable, se deberá fijar la ley aplicable a cada contrato que forma parte de la operación contractual internacional de *leasing*. Pero si las partes establecieran de forma global la ley estatal aplicable al conjunto de la operación internacional, para poder valorar la validez de dicha elección, se debe entender que la elección global implica tantas elecciones de Ley como contratos existen⁴⁰⁶.

De nuevo, para cada uno de ellos se debe definir lo que se entiende por contrato, para lo cual se adopta un concepto propio y autónomo de dicho Reglamento, según el cual el contrato sería el “acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas”⁴⁰⁷. Como ya se han estudiado los contratos de compraventa y *leasing*, respecto del contrato de garantía se puede afirmar que existen muchos tipos, pero si nos centramos en el contrato de garantía del grupo de contratos, éste se asimilaría en Derecho español a un contrato de fianza, en virtud del cual una de las partes, se obliga mediante una garantía personal, a pagar o satisfacer una obligación si el deudor principal no lo hace, siendo por tanto un contrato típico⁴⁰⁸.

No se debe confundir el concepto de “contrato” con el concepto de “documento”, puesto que el contrato, como concepto jurídico, puede constar en un documento o en varios. Pero en otros casos,

⁴⁰⁴ En el ámbito europeo, es el art. 3.1 *in primis* del Reglamento Roma I el que establece que las partes puedan pactar separadamente la Ley aplicable a cada contrato, no pudiendo acudir al 3.1 *in fine* puesto que no estaríamos ante un *depeçage* del contrato.

⁴⁰⁵ Esto es así porque resulta muy complicado definir el concepto “conjunto de contratos” u “operación comercial internacional”, puesto que aunque haya vínculos entre los contratos porque la finalidad sea la misma –en nuestro caso la compraventa internacional de aeronaves civiles–, cada contrato tiene su causa, sus propias circunstancias y sus contactos con distintos países, que pueden ser diferentes de un contrato a otro. Así lo ha señalado también la jurisprudencia española (STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ/1989/7878); STS de 8 de mayo de 1991 (RJ/1991/3577)).

⁴⁰⁶ Aunque no se plantea esta problemática en los ejemplos estudiados, esa sería la solución.

⁴⁰⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 772.

⁴⁰⁸ Sin embargo, existen otros muchos tipos de contratos de garantías que son materialmente atípicos en Derecho español. Para un análisis de este tipo de contratos *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 828-830.

un mismo documento puede contener no sólo un contrato, sino varios, como es el caso del ejemplo señalado de un grupo de contratos en relación con la misma operación de *leasing*, en el que en el mismo documento se concentra el contrato de compraventa internacional de aeronaves civiles, el contrato de *leasing* internacional, el contrato de garantía e incluso, el contrato de *trust*.

a) Elección de ley

175. Para cada uno de los contratos que forman el grupo de contratos, es posible pactar la ley aplicable, tal y como sucedía con la cláusula de sumisión, a la vez que se ha podido comprobar en el ejemplo de los grupos de contratos que conforman el contrato de compraventa de diversos A320 entre Airbus y American Airlines. Como dos de los contratos que forman el grupo de contratos ya se han estudiado: el de compraventa y el de *leasing*, no hace falta que se diga nada más al respecto sobre ellos. Con respecto al contrato de *trust*, no entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I (art. 2.h) y no se va a estudiar al igual que el contrato de participación porque está relacionado con el de *trust*, y su análisis supondría extender más el trabajo⁴⁰⁹. Así que sólo queda el contrato de garantía que al igual que ocurriría con el contrato de compraventa y el de *leasing*, es posible pactar la ley aplicable al mismo.

Para que la elección de ley realizada en cada uno de los contratos sea válida es necesario que dicha elección sea clara y cierta, que la ley elegida sea una ley estatal y que se trate de un pacto válido. El que la elección de ley sea clara y cierta implica que sólo es posible la elección expresa o tácita de la ley aplicable.

Tal y como se ha visto en el contrato entre Airbus y American Airlines, las partes suelen elegir la ley aplicable a cada contrato por escrito, para a cada uno se les aplica la ley que consideran las partes en dichos contratos, ya que se realizan entre partes que son distintas en cada uno ellos. Si no pactan una ley, se pasaría al siguiente punto de conexión, que puede llevar a una ley que no sea previsible para las partes, por lo que si se quiere asegurar la ley aplicable al contrato ésta debe señalarse claramente y mejor por escrito. Si bien, existen otras posibilidades con las que cuentan los contratantes para elegir la ley aplicable al contrato detalladas en el apartado V.

Aunque en nuestra opinión no es probable que en ninguno de los tipos de contratos que conforman el grupo de contratos, se recurra al *depeçage*, puesto que ya es bastante complejo contrato, como para que además cada parte esté regulada por la ley de un Estado distinto. De hecho, no debe confundirse el *depeçage* con los grupos de contratos en los que cada uno cuenta con su ley aplicable⁴¹⁰. En la misma línea, tampoco es muy factible que recurran a las cláusulas flotantes para la elección de la ley aplicable al contrato.

No es necesaria ninguna vinculación del Estado cuya ley ha sido elegida con el contrato. Por lo tanto la ley del Nueva York o del Estado de Utah, leyes utilizadas para regular los contratos en el acuerdo de adquisición de A320 entre Airbus y American Airlines –llevado a cabo a través de un grupo de contratos–, serían válidas. Sin embargo, se debe tener en cuenta la norma antifraude contemplada en el art. 3.4 del Reglamento Roma I.

Finalmente, la elección de ley se realizará con toda probabilidad en el momento de la firma del contrato, aunque el art. 3.2 del Reglamento Roma I ofrece la posibilidad de realizarlo en cualquier momento.

b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley

a') *Ley aplicable a cada uno de los contratos*

176. Pues bien, habrá que determinar la ley aplicable a cada uno de los contratos que conforman el grupo de contratos, en caso de que en los mismos no se haya realizado una elección de ley válida por las partes en cada uno de los contratos.

⁴⁰⁹ Para resolver los litigios derivados del mismo, se tendrán que acudir a las normas de Derecho internacional privado de producción interna de cada Estado y aplicar la norma correspondiente, una vez solucionado el problema de calificación, en el caso de España y en el caso de otros ordenamientos donde no se contempla esta figura.

⁴¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 795-796.

Como dentro del grupo de contratos, ya se ha estudiado la ley aplicable al contrato de compraventa y el contrato de *leasing*, en defecto de elección de ley, quedaría únicamente el contrato de garantía por ser analizado. Puesto que como ya se ha adelantado el contrato de *trust* está excluido del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I, por lo que no será estudiado, así como tampoco el contrato de participación porque está en relación con el contrato de *trust*⁴¹¹.

177. Se debe determinar la ley aplicable al contrato de garantía, en defecto de elección de ley. En cuanto al contrato de garantía que forma parte del grupo de contratos que se viene estudiando como ejemplo, éste sería calificado como un contrato de fianza en Derecho español, en virtud del cual una de las partes, se obliga mediante una garantía personal, a pagar o satisfacer una obligación si el deudor principal no lo hace, siendo por tanto un contrato típico. Pero en cualquier caso, aunque se tratara de un contrato de garantía que fuera materialmente atípico en Derecho español, este estaría regulado por el Reglamento Roma I

Los contratos de garantía estarían catalogados como contratos de prestación de servicios a los efectos del Reglamento Roma I⁴¹². Por lo tanto, la ley aplicable a la que remite el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I, es la ley de la administración central del prestador del servicio, que en el caso del contrato de fianza nos lleva a la ley de la administración central del avalista o fiador⁴¹³. En la misma línea, si se tratara de un contrato de garantía autónoma o a primera demanda, que es un tipo de contrato de garantía, la ley aplicable sería la ley de la residencia habitual del banco garante⁴¹⁴.

b') *Cláusula de excepción*

178. La cláusula de excepción del art. 4.3 del Reglamento Roma I cobra especial sentido en el caso de que se trate de grupos de contratos, como es el caso del conjunto de contratos desarrollados en torno a una operación de *leasing*.

179. Se debe resaltar que la cláusula de excepción se aplica de forma extraordinaria, si del conjunto de circunstancias que rodean a cada uno de los contratos alrededor de la operación de *leasing*, puede establecerse claramente que dichos contratos presentan vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado distinto, a aquel cuya ley es aplicable a cada uno de los contratos en virtud de los arts. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I. En cuyo caso, la ley de ese otro Estado debería aplicarse a todos los contratos, siempre teniendo en cuenta que se realiza a instancia de parte y que el cambio de ley debe estar motivado por el juez.

Para lo cual es necesario realizar un *Balancing Test*, para examinar las conexiones del contrato con el otro Estado, en el que todos los elementos del contrato no pesan lo mismo, sino que existen elementos a tener en cuenta que son más importantes que otros, siendo relevantes por ejemplo, el lugar de la residencia habitual de las partes en ese Estado o que el lugar de entrega o ejecución del contrato se realice también en ese Estado; y siendo menos importante el que en dicho Estado haya tenido lugar la firma del contrato.

180. Pero en cualquier caso, para la aplicación de la cláusula de excepción, es necesario que las conexiones recogidas en el art. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I pierdan "valor de localización" y

⁴¹¹ Se debe aclarar que el "trust", que es una figura de origen anglosajón, está expresamente excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I, en virtud del art. 2.h) de dicho instrumento internacional.

⁴¹² A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 828-830.

⁴¹³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 828.

⁴¹⁴ Si bien este contrato en Derecho material español es un contrato atípico, que genera fuertes dudas sobre su admisión legal en Derecho español (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 829-830).

que se trate de contactos formales, anecdóticos, casuales o fortuitos, que hayan perdido su significado sustancial⁴¹⁵.

En este sentido, el Considerando (20) del Reglamento Roma I señala que la vinculación más estrecha de un contrato con un Estado distinto de aquél designado por los arts. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I, puede proceder de la relación muy estrecha del contrato con otro contrato o contratos. Si bien, se debe afirmar que en relación con los contratos accesorios, que la regla general es la independencia de los contratos en cuanto a la ley aplicable⁴¹⁶. De manera que sólo debe acudir a la cláusula de excepción, si la conexión entre el contrato accesorio y el Estado cuya ley debería regular el contrato en virtud del art. 4.1 y 4.2 de Reglamento Roma I es una conexión débil e inesperada.

181. Con respecto al ejemplo de grupos de contratos en el que existe un contrato principal alrededor del cual se articulan el resto de contratos, como el de *leasing*, el de *trust*, el de participación y el de garantía, no se puede establecer que la ley aplicable a todos ellos va a ser la ley que rige el contrato principal. La denominada conexión accesoria que nos lleva a la ley del Estado con el que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos es una excepción.

En el ejemplo de grupos de contratos el contrato de compraventa y *leasing* podrían ser considerados dos contratos principales, mientras que los otros tres contratos serían contratos menores que dependen de los otros dos contratos principales. Pues bien como se trata de contratos accesorios al contrato principal de compraventa internacional de aeronaves civiles o al de *leasing*, se puede acabar aplicando a dichos contratos menores la ley que regula el contrato principal, y no la ley del Estado designada por los puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I.

Sin embargo, es necesario que la conexión del contrato de garantía con la ley de la residencia habitual del fiador o garante sea una conexión débil⁴¹⁷. Sólo en este caso, puede considerarse que existe de forma clara una vinculación manifiestamente más estrecha, de dicho contrato de garantía con el Estado cuya ley rige el contrato de compraventa internacional de aeronaves civiles o el contrato de *leasing*; siempre y cuando las partes no hayan designado válidamente una ley reguladora de cada uno de estos contratos accesorios, en cuyo caso sería la ley elegida por las partes la que regiría dichos contratos accesorios, en virtud del art. 3 del Reglamento Roma I.

Por supuesto, cualquier cambio en la ley aplicable, debe ser solicitada a instancia de parte y estar motivada por el juez.

VII. Contratos de arrendamiento *dry lease* o *wet lease* de grandes aeronaves civiles

1. Cuestiones preliminares

182. Se debe distinguir entre un contrato de arrendamiento *dry lease* o *wet lease*. Mientras que el *dry lease* puede ser o bien un contrato de arrendamiento financiero o bien de arrendamiento operativo, el *wet lease* siempre va a ser un contrato de arrendamiento operativo, cuyas características ya se han señalado.

Por resumir brevemente, en España, el arrendamiento financiero se trata como un contrato atípico aunque no se realiza de la misma forma que en Estados Unidos -en muchos casos a través de sociedades que se reflejan en una serie de contratos-, pero que en cualquier caso tiene unas características propias que son diferentes a las de un simple arrendamiento.

Por lo que respecta al arrendamiento operativo, éste es tratado en la mayoría de los ordenamientos como un contrato de prestación de servicios.

⁴¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 866.

⁴¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 867.

⁴¹⁷ No se aborda el contrato de *trust*, ni el contrato de participación por las razones ya expuestas.

2. Competencia judicial internacional

A. Reglamento 1215/2012

183. Por lo que respecta al Reglamento 1215/2012, se van a estudiar los foros de los que disponen las partes en caso de litigio en relación con los contratos de arrendamiento operativo de aeronaves civiles, ya sea un *dry lease* (arrendamiento a casco desnudo o sin tripulación) o un *wet lease* (arrendamiento con tripulación).

a) Ámbitos de aplicación

184. En cuanto a los ámbitos de aplicación del Reglamento 1215/2012, han sido analizados previamente en el apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente en el epígrafe V.II.A.a).

b) Foros de competencia judicial internacional

185. Para que un tribunal se pueda declarar competente por un litigio derivado de un contrato de arrendamiento operativo de aeronaves civiles, las partes deben haberse sometido a él de manera expresa o tácita, estar situado en el Estado del domicilio del demandado, o que tenga competencia por el foro especial.

a') *Foro de la sumisión expresa*

186. En virtud del art. 25 del Reglamento 1215/2012, en el contrato de arrendamiento operativo de grandes aeronaves civiles, las partes pueden incluir en el mismo una cláusula eligiendo el tribunal de un Estado miembro ante el que plantear sus controversias. Pero para que la sumisión expresa a favor de los tribunales de un Estado miembro tiene que cumplir con una serie de requisitos para que sea válida conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012 y que son: que se haga a favor de un Estado miembro, que haya un auténtico acuerdo de sumisión, es decir que sea válido tanto formal como materialmente y que se haga en relación con un contrato de arrendamiento operativo.

El art. 25 del Reglamento 1215/2012 señala que el pacto de sumisión no puede ser contrario a los arts. 15, 19 y 23 del Reglamento, ni excluya la competencia de los tribunales exclusivamente competentes en virtud del art. 24 del Reglamento 1215/2012. Pero el pacto de sumisión expresa que se incluye en un contrato internacional de arrendamiento operativo de aeronaves ya cumple esta condición, porque la materia del contrato no es objeto de un foro exclusivo; ni se trata de un pacto inserto en un contrato que vincula a una parte débil como ocurre con los contratos de seguros, consumidores o de trabajo; y tampoco está vinculado con ningún *trust*.

Para que el pacto de sumisión a favor de un Estado miembro sea válido, no es necesario que las partes estén domiciliadas en ningún Estado miembro. Así que los pactos de elección de tribunal a favor de un Estado miembro cuando las partes están domiciliadas en terceros Estados son igualmente válidos.

También se debe recordar que el pacto de sumisión expresa es válido en la medida en que se atribuye competencia a los tribunales de un Estado que carecía de competencia en virtud de los foros del Reglamento 1215/2012. *Ad. ex.* una cláusula de sumisión inserta en un contrato de arrendamiento operativo a favor de los tribunales de Madrid, será válida siempre y cuando la sociedad demandada no esté domiciliada en España, por lo que no será válida en el caso de Air France demandase a Iberia, con oficina central en Madrid (España), por incumplimiento del pago de las cuotas correspondientes al contrato de arrendamiento operativo que ambas han celebrado⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Sin embargo, en la práctica, como ILFC es una sociedad de *leasing* de gran importancia, probablemente el pacto de sumisión se haga a favor de los tribunales de la sede o domicilio de ILFC, no de la aerolínea, con menor poder de negociación que la sociedad de *leasing*.

Por último, antes de analizar las características formales de los pactos de sumisión, se debe recordar que será válido en cuanto al fondo dicho pacto incluido en un contrato de arrendamiento operativo, siempre que no sea nulo de pleno derecho en virtud de las normas de conflicto del Estado cuyo tribunal ha sido elegido⁴¹⁹.

187. En cuanto a la forma que según art. 25.1 del Reglamento 1215/2012 deben adoptar los pactos de sumisión para que sean válidos, cuando éstos se insertan en contratos de arrendamiento operativo de grandes aeronaves civiles, suelen realizarse en forma escrita. Aunque como se verá a continuación va a variar dependiendo de que se trate de un contrato de arrendamiento operativo entre dos aerolíneas o de un contrato celebrado entre una sociedad de *leasing* como GECAS e ILFC y una compañía aérea.

Si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre GECAS o ILFC y una aerolínea, la cláusula de sumisión se realizará por escrito, en la que las compañías de *leasing* como son la parte fuerte del contrato, impondrán sus condiciones y por lo tanto, el tribunal competente ante el que litigar.

Ahora bien, si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre dos aerolíneas, lo más probable es que se realice por escrito. Estos contratos suelen afectar a una aeronave en concreto, incluso puntualmente si se trata de un *wet lease*, frente a las operaciones de GECAS e ILFC que involucran a un número mayor de aeronaves. Por esta razón, al tener un valor económico menor, puede que recurran a elegir el tribunal competente a través de acuerdos verbales con confirmación escrita, que es una forma válida de pacto de sumisión, recogida en el art. 25.1 del Reglamento 1215/2012. Se puede afirmar que, aunque es una forma válida bajo el precepto señalado, un pacto de sumisión realizado a través de fax o de medios electrónicos siempre que produzcan un registro duradero, esta no es la forma habitual en que se realizan los pactos de sumisión en este tipo de contratos.

188. Las partes tienen la posibilidad de elegir los tribunales de varios Estados miembros, cuando se trata de un contrato de arrendamiento operativo. Sin embargo, lo lógico es que en la cláusula de sumisión se atribuya la competencia a los tribunales de un sólo Estado miembro, pues son contratos de también de gran valor económico, pero en el que sólo se alquila una aeronave, porque cuando se trata de compraventa o de arrendamiento financiero suele involucrar a varias aeronaves.

Si bien, se van a plantear diferencias entre la cláusula inserta dentro de un contrato de arrendamiento operativo entre dos aerolíneas o en un contrato celebrado entre una sociedad de *leasing* como GECAS e ILFC y una compañía aérea. En este último caso, lo más probable es que se pacte una cláusula de sumisión a favor de los tribunales que decida ILFC, pues es la parte que domina en el contrato. Mientras que si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre dos aerolíneas, las partes estarán más igualadas y puede que ni lleguen a pactar cláusula de elección de tribunal.

Si una de las partes en el contrato es ILFC, esta compañía tiene su sede central en los Ángeles en el Estado de California, por lo que es probable que se pacte una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de California o en todo caso de Nueva York. Los tribunales de Nueva York suelen ser elegidos para litigar en Estados Unidos, como ya se dijo al estudiar la competencia judicial internacional en los contratos de compraventa⁴²⁰. Ahora bien, si se eligen los tribunales de Nueva York, ya no sería una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de un Estado miembro, con lo cual no sería válido este pacto bajo el art. 25.1 del Reglamento 1215/2012.

Normalmente, en estas cláusulas insertas en contratos de arrendamiento operativo celebrados bajo un derecho de Estados Unidos, suele pactarse que la competencia no sea exclusiva, con lo cual podrían ser competentes los tribunales de un Estado miembro si se cumple alguno de los foros del Re-

⁴¹⁹ Como ya se dijo al estudiar la sumisión en el marco del contrato de compraventa, si las partes eligen los tribunales españoles, será la ley que rige el contrato en virtud del Reglamento Roma, la que establezca la validez o la nulidad de la cláusula de sumisión. Sin embargo, si eligen a los tribunales franceses, estos deben decidir según los datos del caso si el acuerdo es válido, sin necesidad de acudir a ninguna ley concreta. Pero en lo que respecta a la capacidad de las partes, ésta quedará regulada por la norma de conflicto del Estado del foro.

⁴²⁰ Como ya se ha mencionado, en los contratos celebrados bajo la ley de un Estado de Estados Unidos, se elige la ley de dicho Estado para regular el contrato. Y esto implica que son también los tribunales del Estado en cuestión los elegidos para resolver las controversias que puedan suscitarse.

glamento 1215/2012. Pero si fuera exclusiva, cada Estado miembro deberá determinar los efectos de la *derogatio fori*, tal y como se señaló al analizar los contratos de compraventa internacional de grandes aeronaves civiles.

Ahora bien, si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre dos aerolíneas, con frecuencia se recurre a los tribunales de Inglaterra o de Nueva York, bajo cuyas leyes se suelen realizar estos contratos⁴²¹. Si bien la sumisión a los tribunales de Inglaterra, sí podría ser válida, si se cumplen los requisitos señalados en el art. 25 del Reglamento 1215/2012, ya que es un cláusula a favor de un Estado miembro. En estas cláusulas en contratos efectuados bajo el derecho anglosajón, se suele pactar que la competencia no sea exclusiva, que también es posible para que la cláusula sea válida bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012, ya se trate de un *dry lease* o de un *wet lease*. Si bien es posible que en los contratos de *wet lease*, dicha competencia no exclusiva se reserve sólo al arrendador, como la parte fuerte en el contrato⁴²². Por lo tanto, el arrendador dispone de más tribunales ante los que litigar que el arrendatario.

189. Además, las cláusulas de sumisión pueden afectar a litigios pasados, presentes o futuros, aunque es bastante problemático que pueda afectar a litigios pasados.

Sin olvidar, que las partes pueden acordar que la competencia de los tribunales en dicho pacto realizado de acuerdo con el art. 25 del Reglamento 1215/2012, sea exclusiva o no exclusiva. Pero si no se dice nada se entiende que dicha competencia es exclusiva⁴²³.

190. La cláusula de sumisión incluida en un contrato principal, en este caso el de arrendamiento operativo entre una sociedad de *leasing* y la aerolínea arrendataria, no afecta a los contratos accesorios, que pueden tener su propia cláusula de sumisión, como se ha visto al tratar los grupos de contratos en relación con la operación de *leasing*. De la misma manera, que si se tratara de un contrato de subarrendamiento, su cláusula de sumisión no afectaría al contrato de arrendamiento financiero previo entre el *head-lessor* y la sociedad de *leasing*, que también puede tener su propia una cláusula de sumisión. Así que en principio, el acuerdo de sumisión expresa sólo produce efectos entre las partes que los firman y no frente a terceros. Pero puede tener efectos hacia terceras personas, que pueden estar vinculadas por el acuerdo de sumisión aunque no formen parte de él, o que no hayan realizado un consentimiento expreso del acuerdo de sumisión⁴²⁴. Este es el caso de la cesión de créditos o la subrogación, como se ha señalado en multitud de ocasiones.

Pero una simple conexión entre contratos no es suficiente para que un acuerdo de sumisión de un contrato de arrendamiento operativo sea aplicable al otro posible contrato, sea accesorio u otro contrato principal. Así que un pacto de sumisión dentro de un contrato de arrendamiento operativo de aeronaves civiles no se extiende al contrato de garantía o de fianza entre el arrendador (o el arrendatario, según el caso) y el garante o fiador⁴²⁵.

b') *Foro de la sumisión tácita*

191. El funcionamiento de la sumisión tácita, analizado para los contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, es el mismo que para los contratos de arrenda-

⁴²¹ Una cláusula en estos términos puede apreciarse en el modelo de contrato de un *dry lease* (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 197-198).

⁴²² Una cláusula en estos términos puede apreciarse en el modelo de contrato de un *wet lease* (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, p. 297).

⁴²³ Por otro lado, en los contratos realizados bajo el derecho de un Estado que rige el *Common Law*, lo habitual es que se pacte que el acuerdo a favor de un Estado miembro no tenga carácter exclusivo.

⁴²⁴ Así de conformidad con el art. 8.2 del Reglamento 1215/2012, si una parte intenta añadir a una parte en el proceso, cuando las partes han concluido un acuerdo válido de jurisdicción, posteriormente a efectos de los procedimientos que se planteen, la parte que se ha sumado estará vinculada por el acuerdo que existía entre las partes que iniciaron el proceso original. Pero cuando un demandante interpone una demanda contra varios demandados en el mismo proceso, un pacto de sumisión puede ser invocado por y contra el demandado con el que se ha concluido el pacto de sumisión. Aunque éste no puede ser alegado por y contra el resto de demandados con los que no se ha firmado dicha cláusula atributiva de competencia.

⁴²⁵ U. MAGNUS, "Prorogation of jurisdiction", *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters*, *European Commentaries on Private International Law*, 2^a Edición, Selp, Munich, 2012, p. 509.

miento operativo sobre aeronaves. Por lo tanto, para su estudio se debe acudir al apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente al epígrafe V.II.A.b).

c') *Foro del domicilio del demandado*

192. De la misma manera el foro del domicilio del demandado estudiado en los contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, es igualmente de aplicación para los contratos de arrendamiento operativo sobre aeronaves. Por lo tanto, para su estudio se debe acudir al apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente al epígrafe V.II.A.c).

d') *Foro especial en materia contractual*

193. Las partes en un litigio derivado de un contrato de arrendamiento operativo, ya se trate de un *dry lease* o de un *wet lease*, pueden acudir también al foro especial en materia contractual recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

Como este foro es alternativo al del domicilio del demandado, el demandante puede elegir entre accionar contra el demandado en el Estado miembro en el que esté domiciliado, en virtud del art. 4 del Reglamento 1215/2012; o bien acudir a los tribunales del Estado miembro en virtud del foro especial por razón de la materia, recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

194. El art. 7.1 del Reglamento 1215/2012 sólo es de aplicación si se trata de un litigio relativo a una materia contractual, es decir si son asuntos derivados de un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra⁴²⁶.

Esta noción es amplia, de manera que el litigio puede referirse a una materia contractual aunque el contrato no se haya celebrado formalmente, incluso sería también válido si no existiese un contrato. Pero lo más común es que los contratos de arrendamiento operativo adopten la forma escrita. En consecuencia, los litigios que surjan entorno a ellos serán considerados materia contractual, siendo posible la aplicación del art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

Pero la calificación como contractual de la materia del litigio, no prejuzga la solución que se otorgue al caso cuando se decida sobre el Derecho aplicable al mismo. Si fuese calificada como materia extracontractual, les serán de aplicación las normas relativas a las obligaciones extracontractuales.

A diferencia del foro del domicilio del demandado, este foro especial atribuye competencia judicial internacional y territorial⁴²⁷.

195. En virtud del art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012, si se trata de un contrato de compraventa o de prestación de servicios y se ha pactado el lugar de entrega o de prestación del servicio en un Estado miembro, serán competentes los tribunales de dicho Estado. Ahora bien, si no fuese de aplicación dicho precepto para un litigio derivado del contrato de arrendamiento operativo, ya sea un *dry lease* o un *wet lease*, entonces se acudirá al lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida de dicho contrato, para averiguar si existe algún tribunal de un Estado miembro competente, en virtud del art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012.

⁴²⁶ STJCE 22 marzo 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, C-34/82, Rec. 1983, p. 00987, apartados 11-15; STJCE 17 junio 1992, *Jakob Handt & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, C-26/91, Rec. 1992, p. I-03967, apartado 15; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion européenne SA y otros c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV y Capitaine commandant le navire "Alblasgracht V002"*, C-51/97, Rec. 1998, p. I-06511, apartado 17; STJCE 17 septiembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, Rec. 2002, p. I-07357, apartados 23, 24 y 27; STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil SA c. Assitalia SpA*, C-265/02, Rec. 2004, p. I-01543, apartado 24; STJCE 20 enero 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, Rec. 2005, p. I-00481, apartados 50-51.

⁴²⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 724.

196. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de prestación del servicio (art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012). Para saber si en caso de litigio sobre un contrato de arrendamiento operativo sobre aeronaves civiles, se puede acudir al tribunal del Estado de lugar de prestación del servicio, habrá que determinar primero si éste puede ser calificado como un contrato de prestación de servicios.

En este sentido, el concepto de prestación de servicios que establece el Reglamento 1215/2012 es un concepto amplio, por lo que comprende los contratos que generan tanto obligación de medios como de resultados⁴²⁸. Pero en el caso del arrendamiento operativo internacional de grandes aeronaves civiles está claro que debe ser considerado un contrato de prestación de servicios⁴²⁹.

197. Una vez que el contrato de arrendamiento operativo se ha calificado como un contrato de prestación de servicios, habrá que comprobar si se ha pactado en dicho contrato el lugar de entrega de la aeronave, pues es donde se considera realizada la prestación del servicio. Lo más habitual es que la entrega se pacte en dicho contrato, puesto que si se trata de un arrendamiento operativo entre dos aerolíneas, ya no se produce en las instalaciones del fabricante como ocurría con el arrendamiento financiero. Lo más probable es que la entrega se produzca en las instalaciones de una de las dos aerolíneas, y seguramente en las instalaciones de la aerolínea vendedora. Pero también dependerá de la importancia de la aerolínea, ya que puede fijar como la parte fuerte en el contrato de arrendamiento operativo el lugar de entrega de la aeronave.

198. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida (art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012). Las soluciones directas no serán de aplicación cuando se cumplan una de estas tres condiciones: que no exista un pacto en el contrato de lugar de entrega, que es donde se considera realizado el servicio en los contratos de arrendamiento operativo; que exista un pacto en contrario entre las partes; o que el lugar pactado de entrega de la aeronave o aeronaves se encuentre en un Estado no miembro.

Así pues es de aplicación el art. 7.1.c) del Reglamento 1215/2012, que a su vez nos remite al art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012, que señala que será competente el tribunal del Estado miembro correspondiente al lugar de cumplimiento de la obligación que sirve a la demanda⁴³⁰. En consecuencia la obligación que sirve de base a la demanda u obligación litigiosa incumplida puede ser la entrega de la aeronave o aeronaves, pero también puede ser el pago por el arrendamiento de la aeronave o aeronaves, o cualquier otra.

199. Para concretar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida, la jurisprudencia del TJUE sigue la misma idea señalada por la sentencia del caso *Tessili*, en la que se establece que se debe acudir a la Ley aplicable al contrato, la cual se determinará con arreglo a las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto⁴³¹. En consecuencia será la ley aplicable al contrato en virtud del Reglamento Roma I, la que establezca el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida⁴³².

⁴²⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 731.

⁴²⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 732.

⁴³⁰ STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, *Rec.* 1976, p. 01473.

⁴³¹ STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, *Rec.* 1976, p. 01473; STJCE 6 octubre 1976, *A. De Bloos, SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, 14/76, *Rec.* 1976, p. 01497; STJCE 29 junio 1994, *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, C-288/92, *Rec.* 1994, p. 02913; STJCE 28 septiembre 1999, *GIE Groupe Concorde y otros c. Capitán del buque "Suhadiwarno Panjan" y otros*, C-440/97, *Rec.* 1999, p. I-06307; STJCE 5 octubre 1999, *Leathertex Divisione Sintetici SpA c. Bodetex BVBA*, C-420/97, *Rec.* 1999, p. I-06747; STJCE 19 febrero 2002, *Besix SA c. Wasserreinigungsbau Alfred Kretschmar GmbH & Co. KG (WABAG) y Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretschmar GmbH & KG (Plafog)*, C-256/00, *Rec.* 2002, p. I-01699; STJCE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, *Rec.* 2009, p. I03327.

⁴³² P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 134; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 736-737.

Pues bien, el tribunal de ese Estado miembro designado indirectamente será el competente por el foro especial para conocer del litigio derivado de un contrato de arrendamiento operativo sobre grandes aeronaves civiles.

3. Ley aplicable

A. Reglamento Roma I

200. Como ya se señaló en los contratos de compraventa internacional de grandes aeronaves civiles, cada contrato dispone de su propia Ley reguladora. De manera que el Reglamento Roma I adopta un concepto propio y autónomo para definir qué se entiende por contrato: “acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas”⁴³³. Por lo tanto, existe un contrato para el Reglamento Roma I cuando exista un vínculo entre las partes que forman parte del contrato y a la vez, una correspondencia entre las prestaciones percibidas.

Estas dos condiciones se cumplen en el contrato de arrendamiento operativo, ya se trate de un *dry lease* o de un *wet lease*. Estos dos tipos de contratos específicos de las aeronaves, son contratos de arrendamiento materialmente típicos, en el que el vínculo que se crea entre ambas partes es voluntario y además existe un equilibrio contractual de un arrendamiento a cambio de una prestación dineraria. La única diferencia entre el *wet lease* y el *dry lease* es el tipo de prestación, ya que en el primero se alquila las aeronaves con tripulación, mientras que en el segundo sin tripulación, pero en ambos se realiza una prestación de un servicio a cambio del pago por el alquiler de las aeronaves.

a) Elección de ley

201. Las partes en el contrato de *leasing* o arrendamiento operativo, pueden elegir la ley aplicable al contrato. Como ya estudió de manera detallada en el contrato de compraventa internacional de grandes aeronaves civiles, mencionar brevemente que para que la elección de ley sea válida es necesario que dicha elección sea clara y cierta, que la ley elegida sea una ley estatal y que se trate de un pacto válido. El que la elección de ley sea clara y cierta implica que sólo es posible la elección expresa o tácita de la ley aplicable.

Puede ser más probable con respecto a los contratos analizados hasta ahora, que en los contratos de arrendamiento operativo las partes no elijan la ley aplicable al contrato, porque suelen ser contratos realizados entre aerolíneas, menos habitadas a efectuar este tipo de transacciones en el comercio internacional. Si bien puede ser que las partes elijan la ley aplicable al contrato y que además lo hagan por escrito o bien opten por otras posibilidades con las que cuentan los contratantes para elegir la ley aplicable al contrato detalladas en el apartado V.

Aunque en nuestra opinión no es probable que en los contratos de arrendamiento operativo recurran al *depeçage*, puesto que ya es bastante complejo dicho contrato, como para que además cada parte esté regulada por la ley de un Estado distinto. En la misma línea, tampoco es muy factible que recurran a las cláusulas flotantes para la elección de la ley aplicable al contrato.

Por último, siguiendo con el mismo razonamiento, la elección de ley se realizará con toda probabilidad en el momento de la firma del contrato, aunque el art. 3.2 del Reglamento ofrece la posibilidad de realizarlo en cualquier momento.

b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley

202. Pues bien, los contratos de arrendamiento operativo sobre aeronaves civiles, estarían catalogados dentro de los contratos de prestación de servicios, por lo que estarían regulados por el art. 4.1.b)

⁴³³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 772.

del Reglamento Roma I, que nos lleva a la administración central de la aerolínea arrendadora o de la sociedad de *leasing* que arrienda la aeronave.

Por supuesto, también existe la posibilidad de acudir a la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 del Reglamento Roma I.

a') *Los ocho tipos de contratos: El contrato de prestación de servicios*

203. Efectivamente en defecto de elección de ley, para determinar la ley aplicable al contrato de arrendamiento operativo, se debe acudir al art. 4.1.b) del Reglamento Roma I que regula la ley aplicable a los contratos de prestación de servicios, que nos lleva a la ley de la residencia habitual de la empresa arrendadora, ya sea una sociedad de *leasing* o una aerolínea.

Ad. ex. si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre la aerolínea American Airlines y British Airways, en el que la aerolínea arrendadora es American Airlines, la ley aplicable a dicho contrato será la ley de Texas porque es donde American Airlines tiene su administración central.

b') *Cláusula de excepción*

204. En el capítulo III de la compraventa internacional de grandes aeronaves civiles se analiza de manera detallada, por lo que no va a explicarse en detalle, sólo en aquello que al aplicarlo al contrato de arrendamiento operativo, la aplicación de la cláusula de excepción, lleva a resultados distintos que con respecto a los contratos de compraventa.

Pudiera ser que dicha cláusula se active en el caso de los contratos de arrendamiento operativo, puesto que en estos contratos existen vínculos con más Estados, que con los analizados hasta ahora.

205. La cláusula de excepción se aplica de forma extraordinaria, si del conjunto de circunstancias que rodean al contrato de arrendamiento operativo puede establecerse claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado distinto, a aquel cuya ley es aplicable en virtud de los arts. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I. En cuyo caso, la ley de ese otro Estado debería aplicarse, siempre teniendo en cuenta que se realiza a instancia de parte y que el cambio de ley debe estar motivado por el juez.

Como ya se adelantó en relación con dicha cláusula de excepción en los contratos de arrendamiento financiero, es necesario realizar un *Balancing Test*, para examinar las conexiones del contrato con el otro Estado, en el que todos los elementos del contrato no pesan lo mismo.

206. Pero en cualquier caso, para la aplicación de la cláusula de excepción, es necesario que las conexiones recogidas en el art. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I pierdan “valor de localización” y que se trate de contactos formales, anecdóticos, casuales o fortuitos⁴³⁴. Pues al igual que sucedía con el contrato de *leasing*, esto sólo se produce cuando la sede del prestador característico es circunstancial o temporal.

Esto podría producirse cuando la sede central de la sociedad de *leasing* o de la aerolínea se encuentra, por motivos fiscales, en determinados países. En cuyo caso, la aplicación de la ley de dicho Estado podría implicar costes conflictuales muy elevados para las partes y puede resultara adecuado aplicar el art. 4.3 del Reglamento Roma I. Pero es necesario que el contrato muestre de un modo claro que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado distinto al de la sede circunstancial de la sociedad de *leasing* o de la aerolínea arrendadora⁴³⁵.

207. *Ad. ex.* si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre la aerolínea American Airlines y British Airways, en el que la aerolínea arrendadora es American Airlines, la ley aplicable a dicho contrato será la ley de Texas porque es donde American Airlines tiene su administración central. Pero sólo si se demuestra que la conexión de la residencia habitual de American Airlines es circunstan-

⁴³⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 866.

⁴³⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 867.

cial, podría llevarnos a la aplicación de la ley inglesa si el contrato presentase de forma clara vínculos manifiestamente más estrechos con Inglaterra. En este caso, dado que la conexión residencia habitual no es circunstancial, no podría activarse nunca la cláusula de excepción.

Sólo se activará la cláusula de excepción con respecto a un contrato de arrendamiento operativo cuando la aerolínea arrendadora o la sociedad de *leasing* tengan la administración central en Bermudas o Aruba y se cumplan las condiciones mencionadas para que se active.

VIII. Conclusiones

208. En primer lugar, se ha hecho un análisis económico-contable del *leasing* de aeronaves. De manera que se ha podido comprobar como una figura compleja, como es el *leasing*, adquiere características propias cuando se realiza sobre las aeronaves.

Como consecuencia del elevado valor económico de las mismas ha llevado a que se elaboren complejas estructuras, en las que intervienen *SPV*, con el objetivo por un lado, de que los inversores obtengan ventajas fiscales, a la vez que se garantizan estas operaciones de *leasing* de aeronaves; y por otro lado, de que las aerolíneas puedan obtener financiación para adquirir o utilizar aeronaves.

209. Aunque los *capital lease* son figuras que nacen inicialmente en Estados Unidos con el objetivo de que sociedad saque fuera de su balance de situación el valor de la aeronave, denominado "*off-balance sheet*" o bien se pueda realizar la amortización acelerada del bien, después se van consolidando en otros Estados como Alemania o Japón, a través de los *German Leveraged Lease* o *Japanese Leveraged Lease*. Sin embargo, los distintos gobiernos a través de cambios en sus legislaciones, han ido laminando estas ventajas fiscales. De manera, que en la actualidad el *Spanish Operating Lease* destaca por ser una de las estructuras más atractivas como consecuencia de la normativa española que permite la amortización anticipada de las aeronaves en construcción que cumplen con ciertos requisitos.

En este sentido la diferencia entre *capital* o *financial lease* y los *operating lease*, es que aunque tenga la palabra *operating* en el nombre, son *capital* o *financial lease*, caracterizadas por dos operaciones de *leasing*: un *head lease* y un *sublease*, donde sólo este último puede ser considerado un *operating lease*.

De hecho con el tiempo, las aerolíneas optan cada vez más por *operating lease* porque con el *capital lease* tiene que tener capitalizada la aeronave en su balance de situación, mientras que con el *operating lease* las cuotas de *leasing* son llevadas a gastos, mejorando su balance de situación. Es más, las aerolíneas organizan su flota, buscando un equilibrio entre ambos tipos de *leasing*, en función de su estrategia a largo plazo y sus necesidades a corto plazo.

210. Se hace necesario delimitar tanto a nivel fiscal como contable cuándo se trata de un *capital lease* o de un *operating lease*, porque se daba la paradoja de que tanto el arrendador como el arrendatario situados en distintos Estados, se desgravaban las aeronaves en sus respectivos ordenamientos, a través de la amortización acelerada de las aeronaves y de incentivos fiscales a la inversión.

Cuando los Estados implicados se dieron cuenta de la situación, redujeron estas desgravaciones fiscales. Mientras que en materia contable, se está intentando elaborar una normativa contable internacional que aúne los criterios ya señalados por la Unión Europea y Estados Unidos para diferenciar un *capital lease* de un *operating lease* y no se produzcan situaciones paradójicas, en las que un mismo *leasing*, pueda ser incluido en distintos tipos de *leasing* en función de la normativa contable.

211. También se ha procedido a calificar el contrato de arrendamiento financiero haciendo un análisis tanto desde el punto de vista de Derecho comparado del mismo, como desde el punto de vista del Derecho internacional privado, pues de esta sencilla operación de *leasing* han surgido las estructuras señaladas al realizarse sobre las aeronaves.

Evidentemente las diferencias más sustanciales se producen entre la regulación del arrendamiento financiero del *UCC* de Estados Unidos y el Derecho continental. Pero también existen discrepancias entre el Derecho inglés y otros Estados de la Unión Europea. A la vez que se compara con la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional, que aunque no ha tenido

mucho éxito, realiza una calificación del contrato. Todos ellos están de acuerdo en calificar al contrato de arrendamiento financiero como un contrato atípico, basado en el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de pacto.

212. Por lo tanto, primero se ha analizado el *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles, como forma de financiación, donde se puede comprobar la complejidad de este tipo de operaciones cuando se realizan sobre las aeronaves, para después calificar el contrato de arrendamiento financiero, que es como se denomina al *financial lease* en Derecho español.

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas de los tres tipos de operaciones que surgen en relación con el *leasing* de aeronaves, esto es los contratos de arrendamiento financiero, los grupos de contratos y los contratos de arrendamiento operativo, cada uno de ellos tiene implicaciones diferentes en materia de competencia judicial internacional y ley aplicable. Se deba aplicar respectivamente en el marco de la Unión Europea, el Reglamento 1215/2012 y el Reglamento Roma I, para solucionar los problemas que surgen en relación con dichos aspectos.

213. Con respecto a la competencia judicial internacional en los contratos de arrendamiento financiero sobre grandes aeronaves civiles, que se realizan con posterioridad al contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles, se puede afirmar que la cláusula de sumisión inserta en el contrato de compraventa no afecta a la que esté incluida en el contrato de arrendamiento financiero. En principio cada cláusula de sumisión sólo afecta a las partes que intervienen en cada una de las relaciones contractuales, y no frente a terceros, salvo excepciones como la cesión o subrogación.

Así pues, como se trata de un contrato de arrendamiento financiero, se produce una subrogación del arrendatario en la posición de la sociedad de *leasing* en sus relaciones con el fabricante, cuando el arrendatario ejercita una acción directa contra el fabricante. En cuyo caso, es la cláusula de sumisión inserta en el contrato de compraventa de aeronaves entre el fabricante y la sociedad de *leasing* la que vincula a ambas partes y al arrendatario cuando se subroga en la posición de la sociedad de *leasing* para ejercitar una reclamación contra el fabricante. Pero para que el acuerdo de sumisión inserto en el contrato de compraventa de aeronaves vinculado al contrato de arrendamiento financiero, se pueda extender a la tercera parte que entra en la relación contractual, el arrendatario, sucediendo tanto en derechos y obligaciones a la anterior parte contratante, es necesario que la cesión sea válida de acuerdo con la ley aplicable al contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles.

214. Con respecto a la ley aplicable a los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles, si conoce del litigio un tribunal de un Estado miembro, aplicará el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable, que en defecto de pacto de elección de ley, acudirá a la ley de la administración central de la sociedad de *leasing*, en virtud del art. 4.1.b) del Reglamento Roma I, que si fuera por ejemplo GECAS, será la ley del Estado de su administración central.

Si bien, dada la importancia económica que alcanzan estas operaciones de arrendamiento financiero, sería lógico pensar que se pacte la ley del contrato, que con toda probabilidad será la del arrendador o sociedad de *leasing*, por ser la parte fuerte en el contrato.

215. En cuanto a los grupos de contratos asociados a una operación de *leasing*, se trata de mega-contratos o *ensemble conventionnel complexe*. Pues bien se analiza un acuerdo real firmado entre Airbus y American Airlines en torno a una operación de *leasing* formada por los siguientes contratos: el acuerdo marco de compraventa, el contrato de *leasing*, el contrato constitutivo de *trust*, el de participación (*Participation Agreement*), y un contrato de garantía.

Pues bien, cada uno de estos contratos contiene una cláusula de sumisión a favor de unos tribunales que pueden atribuir competencia a tribunales distintos para cada uno de los contratos, como se ha podido comprobar. Si bien en principio, cada una de ellas afecta al contrato en el que está inserta, porque en este sentido la cláusula de sumisión inserta en un contrato sólo afecta a las partes de esa relación contractual. En cualquier caso los tribunales elegidos en los contratos mencionados atribuyen la competencia a Estados de Estados Unidos, pero el carácter no es exclusivo.

Así que como se ha señalado antes, los tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea podrían declararse competentes por alguno de los foros del Reglamento 1215/2012. Si no hubiera domicilio del demandado en un Estado miembro, podrían ser competentes los tribunales del Estado al que se someten tácitamente en virtud del art. 26 de dicho instrumento. Pero como una de las partes –si seguimos con el ejemplo planteado– está domiciliada en Toulouse, entonces podrían ser competentes por el foro de domicilio del demandado los tribunales franceses. De manera que podría acudir al foro especial del lugar de entrega de las aeronaves que suele realizarse en las oficinas del fabricante que también están en Toulouse. Así que serían competentes los tribunales franceses por el foro del domicilio del demandado y no los de Toulouse por el foro especial.

216. En este grupo de contratos, la ley aplicable se establece en cada uno de estos contratos, para que coincida con el tribunal competente, ya que se eligen leyes de Estados Unidos. Ahora bien si conociese un tribunal de la Unión Europea, de acuerdo con el Reglamento Roma I éste determinará la validez de la elección de ley. Si las leyes elegidas no fuesen válidas, habría que acudir al siguiente punto de conexión del Reglamento Roma I que recoge los ocho contratos y determinar en qué tipo de contrato encajaría cada uno de ellos, para conocer la ley aplicable. Se debe mencionar que el Reglamento Roma I no regula el contrato constitutivo de *trust*, siendo esta una figura de origen anglosajón.

Al tratarse de grupos de contratos y si no se hubiese elegido la ley aplicable a cada uno de estos contratos, el Reglamento Roma I contempla la posibilidad de acudir a cláusula de excepción del art. 4.3 del Reglamento Roma I, de manera que la ley aplicable al contrato principal, sería aplicable al resto de contratos. En el grupo de contratos mencionados habría que determinar el contrato principal, de manera que si es el acuerdo marco de compraventa, la ley de la administración central del vendedor, Airbus, es decir la ley francesa sería aplicable al grupo de contratos; pero siempre que no hubiese pacto de elección de ley. Aunque en la práctica como se explica en el trabajo, es bastante difícil por no decir imposible que se aplique esta cláusula de escape, por todas las condiciones que tienen que cumplirse para su aplicación.

217. En cuanto a los contratos de arrendamiento operativo, ya se traten de *dry lease* o de *wet lease*, son los menos complejos de los contratos analizados, porque se trataría de un contrato de prestación de servicios o bien entre la sociedad de *leasing* y la aerolínea o entre dos aerolíneas. En el primer caso, la aerolínea sería la parte débil en el contrato, como sucede con los contratos de compraventa de aeronaves nuevas en el que una de las partes es el fabricante.

De la misma manera, se analizan los foros ya mencionados de competencia judicial internacional de acuerdo con el Reglamento 1215/2012, en caso de un litigio derivado de dichos contratos. En los mismos podría ser más habitual que no existan pactos de elección de tribunal. Pero si una de las partes en el contrato es la sociedad de *leasing*, ésta fija el tribunal competente que le interese. Mientras que si es un contrato entre aerolíneas, estarían más igualadas y sería más habitual que el pacto de elección de tribunal convenga a las dos aerolíneas, al no existir una parte fuerte y otra débil en el contrato.

218. Por lo que respecta a la ley aplicable, si el que conoce es un tribunal de un Estado miembro, éste aplicaría de nuevo el Reglamento Roma I, de manera que en caso de existir un pacto de elección de ley, la ley aplicable sería la de la administración central del prestador del servicio, que será o bien la de la sociedad de *leasing* o la de la aerolínea arrendadora.

219. Se debe concluir que bajo el concepto genérico de *leasing* tienen cabida tipos de contratos muy distintos, que lleva a soluciones muy diferentes en caso de que surja un litigio derivado de los mismos. Esto que se puede afirmar para las operaciones de *leasing* sobre cualquier bien, se amplifica cuando el objeto del contrato de *leasing* es la aeronave.

El hecho de que no existan sentencias sobre litigios entre fabricantes y aerolíneas, si se tiene en cuenta el volumen de transacciones de este tipo que se llevan a cabo, es un claro indicio de que probablemente recurran al arbitraje u otro tipo de acuerdos en los que el fabricante compensa a la aerolínea por los retrasos en la entrega de las aeronaves, por ejemplo, mediante descuentos en las adquisiciones.

LA FINANCIACIÓN POR TERCEROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL*

THIRD PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha*

Recibido: 24.05.2016 / Aceptado: 07.06.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>

Resumen: Este trabajo estudia el fenómeno de la financiación por terceros y su impacto en el procedimiento arbitral en el arbitraje internacional. Tras una descripción general acerca de cómo funciona y una comparación de sus ventajas e inconvenientes, el artículo analiza algunos problemas reales que la presencia de un tercero financiador puede crear y el actual estado de la regulación sobre esta cuestión. La necesidad de un deber de revelación de la existencia de esta financiación y las solicitudes de caución y de asignación de costas, son cuestiones clave que los tribunales arbitrales han de decidir de una manera creciente.

Palabras clave: financiación por terceros, arbitraje, revelación, caución, costas.

Abstract: This article studies the phenomenon of third party funding and its impact on the arbitral proceeding in international arbitration. After a general description about on it works and a comparison of its advantages and disadvantages, the article analyses some actual problems that the presence of a third party funder can create and the current status of the regulation. The need of a mandatory disclosure of the existence of the third party funding and the allocation for costs and security for costs applications, are key issues that the arbitral tribunals are being confronted to decide in an increasing way.

Keywords: third party funding, arbitration, disclosure, security, costs.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación a la financiación por terceros en el arbitraje internacional. 1. Concepto y Funcionamiento de Third Party Funding (“TPF”). 2. Ventajas e inconvenientes. III. El deber de revelación de la financiación por terceros: la existencia del acuerdo y ¿también su contenido? 1. Identidad del tercero financiador. 2. Los términos del acuerdo de financiación. IV. El impacto de la presencia de “TPF” sobre una solicitud de caución y una condena en costas. 1. Las solicitudes de caución. 2. Condena en costas. V. Valoración final.

I. Introducción

1. No siempre las personas físicas o jurídicas tienen la capacidad económica para hacer valer sus derechos en un procedimiento arbitral debido a la costosa estructura construida alrededor del arbitraje internacional¹. Y es que hoy en día, podemos señalar que, junto con las ventajas que tradicionalmente se

¹ J. A. Trusz, “Full Disclosure?: Conflicts of Interest Arising from Third Party Funding in International Commercial Arbitration”, *Estudios de Derecho Internacional*, vol. 10, núm. 1, p. 63, titulado “ADR y justicia a nivel global: la internacionalización del RPO”, *Revista de Derecho y Justicia* (2014) es una manera de minimizar los costes de una disputa en relación con las jurisdicciones estatales, las partes cada vez en mayor medida incurren en mayores gastos durante un procedimiento arbitral. A las costas derivadas de la representación procesal —incluidos igualmente los gastos que suponen los peritajes—, hay que sumar las tasas de las instituciones arbitrales conjuntamente con los honorarios de los árbitros.

predican del arbitraje como método alternativo de resolución de controversias, se erige también como un grave inconveniente para su utilización en estos últimos años, el incremento exponencial de los gastos que acarrea iniciar y llevar a buen término un procedimiento arbitral².

2. No es por tanto nada extraño que, desde tiempos relativamente recientes, hayamos comenzado a observar el surgimiento y rápido desarrollo de la financiación por terceros de los litigios arbitrales³. Un fenómeno que no es nada nuevo en algunas jurisdicciones nacionales en relación con la financiación de litigios por terceros ante los tribunales estatales⁴, siendo ya una cuestión plenamente aceptada en países como Estados Unidos, Inglaterra, Australia o Alemania, pero que ha entrado con inusitada fuerza en el arbitraje internacional, tanto en el comercial como en el relativo a las inversiones extranjeras⁵.

3. La financiación por terceros del arbitraje internacional, conocida comúnmente en el mundo del arbitraje como “Third Party Funding” – “TPF” en su acrónimo en inglés–, es calificada como una industria de inversión en demandas, en donde las mismas son examinadas y tratadas como bienes tangibles sujetos a valoración⁶. Por algunos autores, incluso, se valora de manera enormemente negativa esta práctica alertando sobre su existencia y no dudando en tildarlos a los terceros financiadores como “especuladores de la injusticia”⁷.

² De acuerdo con D. GAUKRODGER y K. GORDON, ello es especialmente visible en los arbitrajes inversor-Estado. En estos casos, las partes suelen tener como gastos una media de 8 millones de dólares, y excepcionalmente, en muchos casos, esta cantidad puede elevarse hasta los 30 millones de dólares, “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, *OECD Working Papers on International Investment*, n.º 3, 2012, pp.19-24, disponible en <http://www.oecd.org/daf/investment/workingpapers>, [consultado el 24 de mayo de 2016]. Estas grandes cantidades de dinero, inasumibles en muchos casos, se deben entre otras razones, a que según se puede observar en los últimos tiempos las actuaciones de las partes vienen completamente marcadas por el diseño de unas estrategias procesales altamente complejas -farragosas en muchos casos- y, enormemente onerosas, dirigidas por despachos de abogados internacionales, que emplean a un número muy importante de personas en tareas de investigación y estudio.

³ J. KINGSTON, “Increasing Investor Interest in Litigation Funding”, *Corporate Disputes*, n.º. 15, april-june, 2016, p.103. Sirvan aquí en relación con España, la noticia publicada en el diario Expansión bajo el título “Los fondos de inversión quieren financiar pleitos en España”, de 26 de octubre de 2012, disponible en <http://www.expansion.com/2012/10/26/juridico/1351270637.html>, [consultado el 24 de mayo de 2016], así como la extraída del diario el Economista titulada “Los fondos de litigios dispuestos a financiar los arbitrajes de renovables”, disponible en <http://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/6810974/06/15/Los-fondos-de-litigios-dispuestos-a-financiar-los-arbitrajes-de-renovables.html>, [consultado el 24 de mayo de 2016]. Recientemente, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional español 33/2016, de 18 de febrero de 2016, que rechaza el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 12/ 2014, de 22 de diciembre, del Parlamento de Galicia, de medidas fiscales y administrativas, la empresa minera canadiense Edgewater ha reiterado su anuncio de que va a iniciar un procedimiento arbitral contra España, en virtud del Acuerdo bilateral de protección de inversiones celebrado entre Panamá y España. La empresa canadiense parece haberse asegurado previamente la financiación de este litigio a través de un acuerdo con Claim-Trading Ltd., Vid. La nota de prensa emitida por Edgewater el 21 de octubre de 2015, disponible en <http://www.edgewater.com/s/NewsReleases.asp?ReportID=726800> [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁴ S. L. MARTIN, “Litigation Financing. Another Subprime Industry that Has a Place in the United States Market”, *Villanova L. Rev.*, Vol.58, 2008, p.107; M. DE MORPUGO, “A Comparative Legal and Economic Approach to Third Party Litigation Funding”, *Cardozo J. Int'l. & Comp. L.*, Vol.19, 2011, p.360. Un análisis comparado de la utilización de la financiación por terceros en distintas jurisdicciones nacionales se realiza también por N. ROWLES-DAVIES, *Third Party Litigation Funding*, Oxford, Oxford University Press, pp.76-86. Ha quedado sin efecto, por lo tanto, la prohibición de utilización de la financiación por terceros que tradicionalmente existía, sobre todo en los países de common law, basada en los principios de “champerty” y “maintenance”.

⁵ C. B. ROBERTSON, “The Impact of Third Party Financing on Transnational Litigation”, *Case W. Res. J. Int'l. L.*, Vol.44, 2011, p.162; CREMADES, B. M., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, *TDM*, Vol.8, n.º.4, 2011, p.2.

⁶ C. ROGERS, “Chapter 5. Gamblers, Loan Sharks & Third Funders”, *Ethics in International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp.3-4. Queremos llamar la atención también sobre una nueva variante de “TPF” que encontramos en la cesión con descuento por la parte demandante de la cantidad dineraria que otorga el fallo de un laudo arbitral a un tercero comprador. En tal caso, la parte ganadora en el arbitraje, generalmente tras un largo y costoso procedimiento, evita la subsiguiente futura fase de reconocimiento y ejecución del laudo, en ocasiones igualmente lenta y farragosa y, lo hace cobrando una parte importante de la cantidad obtenida. Por su parte, la empresa compradora cuenta con una estructura que facilita la labor de localización de los bienes del deudor sobre los que se solicitará la ejecución de la sentencia arbitral. Sobre la misma, B. M. CREMADES y D. BREHONY, “An Emerging Secondary Market for International Arbitral Awards”, *Corporate Disputes*, n.º.11, april-june, 2015, pp.168-172.

⁷ P. EBERHARDT y C. OLIVET, “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom”, *Corporate Europe Observatory y Transnational Institute*, 2012, pp. 56-63, disponible en <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>. [consultado el 24 de mayo de 2016]. En este mismo sentido, puede comprobarse la posición mantenida por Argentina en el caso Teniver c. Argentina, caso CIADI n.º.ARB/09/1, en donde este

4. El objeto de este trabajo es aproximarnos a este nuevo fenómeno tan controvertido, valorar sus pros y contras y, sobre todo, analizar cuáles son algunas de las primeras respuestas que se están planteando en el mundo arbitral a ciertos retos y condicionantes surgidos por su aparición.

II. Aproximación a la financiación por terceros en el arbitraje internacional

1. Concepto y Funcionamiento de *Third Party Funding* (“TPF”)

5. La posibilidad de facilitar y/o repartir los riesgos económicos asociados al inicio de un procedimiento arbitral no es nada nuevo en el universo jurídico⁸. Figuras jurídicas como el pacto de “cuota litis”⁹ o los seguros de defensa jurídica “before-the event”¹⁰ y “after-the-event”¹¹ cumplirían dicha función. Sin embargo y, aunque las anteriores figuras pueden considerarse afines¹², el objeto de este trabajo es mucho más concreto. Nos vamos a centrar, en sentido estricto, en la financiación del arbitraje internacional por terceros o “TPF”¹³.

6. “TPF” puede definirse como aquel método de financiación que se articula a través de un contrato en virtud del cual un tercero, que suele ser una empresa especializada en estas cuestiones, facilita a una parte que pretende iniciar un litigio los fondos necesarios para afrontar los costes legales de ese litigio a cambio de una retribución¹⁴.

7. Un aspecto característico es que la empresa financiadora no tiene interés en los aspectos sustantivos del arbitraje, sino que invierte con la expectativa de lograr alguna ganancia al terminar el arbitraje. Esta ganancia suele ser normalmente variable y consistente en un múltiplo de los fondos desembolsados o bien, generalmente, un porcentaje del resultado que se obtenga en el litigio, que suele ir desde un tercio a dos tercios del total de la posible condena dineraria. Por el contrario, si el litigio se pierde, el financiador pierde también su inversión¹⁵.

Estado ha amenazado con comenzar distintos procedimientos penales y, los representantes de este país no han dudado en tildear al despacho de abogados King & Spalding y al tercero financiador Burford de “circulo fraudulento” y las presentaciones realizadas por éstos como un producto de un “comité de buitres y cuervos”. La orden procesal emitida por el tribunal arbitral el 8 de abril de 2016 ordena que no se publicite en ningún medio las denuncias o procedimientos penales que tengan que ver con el arbitraje y recuerda a las partes que tienen un deber de abstenerse de realizar cualquier conducta que pueda agravar la controversia, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7210.pdf>. [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁸ Así lo ponen de manifiesto la mayoría de los autores, Vid. L. B. NIEUWVELD y V. SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 5-8.

⁹ En virtud de este acuerdo, el abogado de la parte demandante va a cobrar sus honorarios sólo y en la medida, en que el resultado del litigio haya sido exitoso para sus pretensiones. Dicho pacto únicamente cubre sus honorarios pero no va más allá, esto es, una hipotética parte del resultado dinerario del litigio.

¹⁰ En este supuesto, el seguro se contrata previamente a la posibilidad de surgimiento de un litigio, quedando cubierto el asegurado de los posibles costes procesales asociados a éste. A cambio, el asegurado se compromete al pago periódico de una prima.

¹¹ En tal caso, el asegurado, ante un litigio ya surgido, busca quedar exento del pago de las costas procesales que pudieran imponérsele en el supuesto de pérdida del proceso. La práctica en relación al pago de la prima varía, pues en ocasiones se aplaza su pago hasta la conclusión del procedimiento y en función de su resultado, aunque cada vez en mayor medida se exige el pago de la misma en el momento de la contratación del seguro e independientemente de cual sea el resultado final del proceso.

¹² Muy distinto en nuestra opinión en cuanto a su naturaleza y función se presenta la transmisión del crédito litigioso, pues en tal caso, el tercero inversor se convierte en parte del litigio.

¹³ Sobre las distintas posibilidades de financiación es especialmente claro, J. VON GOELER, *Third Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Wolters Kluwer, 2015, pp. 11-72.

¹⁴ La definición que se da por parte de los distintos autores sobre este tipo de acuerdo suele ser muy similar. En la doctrina española, puede verse M. OLIVER COJO, “Arbitraje y financiación procesal parciaria (third party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre conflictos de interés”, *La Ley mercantil*, nº. 8, 2014, pp.70-71. En la doctrina extranjera, entre otros, V. SHANNON, “Judging Third Party Funding”, *UCLA Law Review*, Vol.63, nº 2, pp.392-398; J. A. TRUSZ, “Full Disclosure?: Conflicts of Interest Arising...”, op.cit., pp.1653-1654.

¹⁵ S. NAVARRO, “Cuestiones relativas al third party funding en arbitraje”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de*

8. Dos aclaraciones pueden ser precisas en relación con la anterior definición, en función de la tipología y la práctica sobre la realización de este tipo de acuerdos de financiación.

- 1) En primer lugar, aunque generalmente la posición procesal de la parte financiada es la de demandante en el procedimiento arbitral, nada impide que también pueda ocurrir que sea la parte demandada la que pueda ser financiada por un tercero¹⁶, si ésta tiene la intención de reconvenir y el tercero financiador evalúa positivamente la opción de que dicha reconvencción pueda estimarse finalmente por parte del tribunal arbitral en su laudo¹⁷.
- 2) En segundo lugar, la amplitud de los costes procesales cubiertos por el acuerdo de financiación es variable. El desembolso por parte de la empresa financiadora puede ir desde simplemente los gastos en que puede incurrir la parte financiada en el proceso pasando por los honorarios de los árbitros y las tasas de la institución arbitral, hasta la posible futura condena en costas, si aquella ve totalmente rechazada sus pretensiones en el laudo y el tribunal así lo estima conveniente¹⁸.

9. Hemos de afirmar que ni mucho menos todas las solicitudes de financiación son aceptadas. A este respecto, se ha señalado que únicamente entre un 5 y un 10% de los potenciales casos son financiados finalmente¹⁹. La perfección de un contrato de financiación supone un previo estudio profundo de las pretensiones de la parte financiada, que prueba que la reclamación está bien fundamentada y como mínimo no puede tacharse de frívola. Las entidades financiadoras son empresas con una estructura compleja y que tratan de financiar únicamente los casos tras un análisis minucioso de los méritos de las reclamaciones²⁰.

10. Estas empresas realizan una auditoría legal -“due diligence”-, incorporando, en muchas ocasiones, dictámenes jurídicos de expertos independientes respecto a las pretensiones que se pueden hacer valer en un hipotético procedimiento arbitral futuro²¹. Se estudia, por lo tanto, de manera completa la situación, poniendo especial énfasis en determinar el origen del conflicto, la situación de las partes, los árbitros, la solidez del fundamento legal de la acción e incluso, dependiendo de cuál sea el país, las facilidades procesales existentes para el caso de que no se cumpla voluntariamente el laudo y sea precisa su ejecución forzosa²². De esta manera las entidades financiadoras se encuentran en una posición favorable para poder gestionar su negocio que, no es otro, que elegir si financian o no un caso, tras haber determinado que puede existir una posibilidad razonable de éxito, lo que justifica que se vayan a asumir importantes gastos económicos y financieros²³.

2. Ventajas e inconvenientes

inversiones, Vol.VII, n.º. 2, 2014, p.803.

¹⁶ M. STEINITZ, “Whose Claim is This Anyway?: Third Party Litigating Funding”, *Minn. L. Rev.*, Vol.95, 2011, p.1276.

¹⁷ Otro caso excepcional aunque diferente en su naturaleza, es lo que está ocurriendo en el procedimiento arbitral Phillip Morris c. Uruguay, caso CIADI n.º.ARB/10/7, donde una ONG -Anti-Tobacco Trade Litigation Fund-, fundación que respaldan Michael Bloomberg y Bill Gates, está ayudando financieramente a la defensa del Estado uruguayo. Dicha ayuda filantrópica se corresponde con los fines de la citada fundación de ayudar a los países menos desarrollados a defenderse frente a las acciones judiciales llevadas a cabo por la industria tabaquera para impugnar las medidas gubernamentales que restringen el consumo de tabaco.

¹⁸ L. B. NIEUWVELD, “Third Party Funding – Investment of the Future?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 1 de noviembre de 2011, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/11/01/third-party-funding-investment-of-the-future/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

¹⁹ *Guide pratique sur le financement des arbitrages par des tiers financeurs*, CCI France, mayo 2014, p. 9.

²⁰ En este sentido, S. KHOURI, K. HURFORD y C. BOWMAN, señalan que la decisión del tercero financiador es una decisión sobre una inversión, y al considerar si se va a realizar la misma se han de sopesar numerosos factores que habrán de confrontados con los riesgos financieros que se están dispuestos a asumir, “Third Party in International Commercial and Treaty Arbitration – A Panacea or a Plague? A Discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding”, *TDM*, Vol. 8, n.º. 4, 2011, p. 3.

²¹ H. G. GHARAVI, “Le financement par un tiers”, en *L'argent dans l'arbitrage*, W. Ben Hamida y T. Clay (dirs.), Lextenso, 2013, p. 35.

²² M. KING, “Alternative Risk Management by Third Party Funding”, *Corporate Disputes*, n.º. 15, april-june, 2016, p. 93.

²³ M. SMITH, “Mechanics of Third Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective”, en *Third Party Funding...*, op.cit., p. 34.

11. Las ventajas de esta forma de financiar las costas procesales son el motivo fundamental para su cada vez mayor expansión a nivel mundial. En efecto, muchas de las demandas bien fundadas no se interpondrían –por falta de recursos económicos– si no existiese un tercero que esté dispuesto a asumir todos o algunos de los posibles costes futuros, de tal modo, que su principal beneficio es que este mecanismo facilita enormemente el acceso a la justicia²⁴.

12. Además, los clientes cuando perfeccionan un acuerdo de financiación consiguen trasladar parcialmente el riesgo de iniciar un litigio, así como la gran mayoría de los gastos –pues se puede incluso incluir una hipotética condena en costas–, lo que les aporta un importante ahorro y una dosis muy relevante de seguridad y certidumbre²⁵. Se trata, en suma, de externalizar los riesgos financieros que supone el arbitraje. Pero, junto con lo anterior, es también muy valorado que dicho acuerdo supone también un espaldarazo de realismo sobre las expectativas del resultado de la disputa que está a punto de iniciarse, ya que habrá requerido la previa realización de una evaluación independiente y objetiva de las opciones de éxito²⁶.

13. Frente a estas innegables ventajas, también se han argumentado en su contra sus posibles inconvenientes. Principalmente, se ha señalado que este mecanismo de financiación puede provocar un aumento sin precedentes de la litigiosidad en el ámbito del arbitraje internacional²⁷. Tomando en consideración la manera de actuar en la práctica de las entidades financiadoras y el escrupuloso estudio y análisis de los casos antes de decidir sobre la posible financiación, esta crítica debería convertirse en un peligro más hipotético que real, en la gran mayoría de las ocasiones. Sin embargo, esto no siempre es así, ya que con el objetivo de buscar el máximo beneficio, existe el incentivo de tomar mayores riesgos para maximizar el valor de la cartera de inversiones²⁸.

14. Mayores dilemas éticos se pueden plantear en relación con la intervención de un tercero financiador en un procedimiento arbitral. Así, por una parte porque puede incidir de manera clara sobre las relaciones entre el cliente y su abogado, de tal manera que puede condicionar la toma de decisiones por parte del titular de la acción durante el procedimiento arbitral o incluso violar las normas de confidencialidad presentes en la relación del cliente y su representación procesal²⁹. Por otro lado, se argumenta que la presencia de un tercero financiador puede suponer un posible conflicto de intereses respecto a los árbitros, lo que puede poner en entredicho de manera justificada su necesaria imparcialidad e independencia, socavando de manera importante la integridad de todo el procedimiento arbitral³⁰.

15. La falta de una regulación expresa y clara sobre “TPF” y los posibles problemas e inconvenientes señalados por su existencia sobre el desarrollo de un procedimiento arbitral están planteando

²⁴ C. P. BOGART vincula la financiación por terceros del litigio con el derecho al acceso a la justicia y a un proceso debido, señalando los beneficios sustanciales que se producen sobre el sistema de resolución de conflictos, remarcando que un acceso al arbitraje abierto e igualitario para las partes que quieran hacer uso del mismo debe ser una característica fundamental de cualquier sistema jurídico, “Overview of Arbitration Finance”, en *Third Party Funding in International Arbitration*, B. Cremades y A. Dimolitsa (eds.), París, ICC, 2013, p. 51.

²⁵ J. VON GOELER, *Third Party Funding in International Arbitration...*, op.cit., p. 83.

²⁶ Tal y como ya hemos señalado previamente, Vid. Supra nº. 9.

²⁷ En este sentido, A. GUILLERME, defiende que la financiación por terceros aumenta el volumen de reclamaciones infundadas al mismo tiempo que incrementa el riesgo de una prolongación innecesaria de los procedimientos, “Retour d’expérience des juristes d’entreprise”, en *Le financement de contentieux par un tiers*, C. Kessedjian (dir.), París, Pantheon-Assas, 2012, pp. 32-33.

²⁸ En este sentido, P. EBERHARDT y C. OLIVET, “Profiting from Injustice...”, op.cit., p. 59. Apoyando su postura, estos autores citan la opinión de M. SMITH, confundador de Calunius Ltd., una entidad financiadora, quién declara que “*la idea de que necesitáis unos méritos sólidos es errónea, todo tiene un precio*”.

²⁹ C. KESSEDJIAN aboga por la elaboración por parte de las instituciones arbitrales de unas recomendaciones que deberían seguir los tribunales arbitrales en los casos de intervención de un tercero financiador, que incluyan el sometimiento de éste último a las mismas reglas de confidencialidad de las partes y una obligación de no incidencia ni control sobre la conducta de la representación procesal de la parte financiada, “Good Governance of Third Party Funding”, *Columbia FDI Perspectives*, nº. 130, 15 de septiembre de 2014, disponible en <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-130-Kessedjian-FINAL.pdf>, [consultado el 24 de mayo de 2016].

³⁰ En relación con esta cuestión y la incidencia clara sobre el deber de revelación, Vid. Infra nº. 16 y ss.

dudas y cuestiones que poco a poco tanto los tribunales como las instituciones arbitrales tratan de dar respuesta³¹. Las cuestiones más espinosas se refieren, en primer lugar, al deber de revelación de dicha financiación y a la amplitud de dicho deber y, en segundo lugar, a la incidencia sobre el pago de las costas procesales en los casos de existencia de dicha financiación, planteándose dudas sobre la obligación o no de prestar una fianza para hacer frente a aquellas y la posible imposición de una condena en costas. Veamos dichas cuestiones en los siguientes apartados.

III. El deber de revelación de la financiación por terceros: la existencia del acuerdo y ¿también su contenido?

1. Identidad del tercero financiador

16. Para analizar esta cuestión, vamos a tomar como punto de partida la reciente orden procesal número 10 emitida el 11 de enero de 2016 por el tribunal arbitral en el caso iniciado bajo el Reglamento CNUDMI, *South American Silver Limited –SAS– c. el Estado Plurinacional de Bolivia*³². En este caso, el tribunal ordenó al demandante revelar el nombre del financiador aunque rechazó obligarle a revelar los términos del acuerdo de financiación.

17. El 8 de octubre de 2015, Bolivia había solicitado al tribunal que ordenase a la parte demandante que relevase la identidad del financiador de este arbitraje así como los términos del acuerdo de financiación suscritos con aquella. Para fundamentar tal petición, Bolivia argumentó que tal revelación se debía realizar en aras a mantener la integridad del procedimiento arbitral y la igualdad de armas entre las partes contendientes. Más en concreto, cuestión fundamental para lograr dichos objetivos es velar por parte del tribunal que no se pueda producir ningún tipo de conflicto de intereses, que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia de cualquiera de sus miembros. La existencia de un tercero financiador que mantiene un interés económico claro en el resultado del procedimiento arbitral e incluso, puede guiar el sentido de algunas de las decisiones estratégicas a tomar por parte del demandante en el desarrollo de dicho arbitraje, supone un dato de enorme trascendencia para evaluar la existencia o no de un conflicto de intereses.

18. Por otro lado, la parte demandante –SAS–, en relación con esta solicitud propuso revelar el nombre del tercero financiador. Tal posición la apoyaba con el fin de proporcionar una total transparencia al procedimiento y con el fin de eliminar toda preocupación existente sobre un posible conflicto de intereses, de tal manera que revelar el nombre de dicha entidad haría posible que se pudiera determinar la inexistencia de una relación relevante entre las partes y los árbitros en ese arbitraje. Respecto de la petición relativa a la revelación del contenido del acuerdo de financiación, SAS se opuso pues señaló que los mismos, no eran de relevancia para las cuestiones que estaban siendo objeto de discusión en el procedimiento arbitral y además, dichos términos de ese acuerdo eran confidenciales y comercialmente sensibles, pudiendo sufrir tanto la parte demandante como su tercero financiador graves perjuicios si el tribunal arbitral estimase dicha solicitud.

19. El tribunal, tal y como ya hemos señalado anteriormente y, vistas las posiciones de las partes sobre esta cuestión, aceptó la solicitud de Bolivia de la obligación de revelar el nombre del tercero financiador con el fin de otorgar una total transparencia al procedimiento arbitral. Sin embargo, rechazó obligar a la parte demandante a revelar los términos de su acuerdo de financiación. Esta decisión la tomó

³¹ Valga como ejemplo como la Comisión para la Reforma del Derecho de Hong Kong publicó el 19 de octubre de 2015 un informe base para la realización de una consulta pública con una duración de tres meses sobre la financiación por terceros del arbitraje, recomendando su inclusión expresa mediante la reforma de la Ley de arbitraje. Dicho informe puede consultarse en <http://www.hkreform.gov.hk/en/publications/tpf.htm> [consultado el 24 de mayo de 2016].

³² Caso CPA n.º.2013-15, Orden Procesal n.º.10, de 11 de enero de 2016, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf> [consultado el 24 de mayo de 2016].

el tribunal fundamentándose, en primer lugar, en el rechazo que había realizado sobre la otra petición de Bolivia como era la necesidad de decretar una *cautio judicatum solvi*, pues a juicio del tribunal no se daban las condiciones excepcionales para concederla³³ y, en segundo lugar, porque no se habían probado circunstancias adicionales que pudieran fundamentar la modificación de las decisiones del tribunal en la fase procesal prevista para la entrega de documentos.

20. La decisión del tribunal arbitral en este caso sobre el deber de revelación de la identidad del tercero financiador viene a corroborar una práctica ya presente en otras decisiones arbitrales en relación a la cual las partes que son financiadas por terceros están obligadas a revelar la identidad del financiador para permitir a los árbitros cumplir con el requisito esencial de velar por la inexistencia de un conflicto de intereses que pudiera poner en peligro la integridad del procedimiento arbitral y la propia validez del futuro laudo³⁴. Así, tanto en el caso Eurogas c. Eslovaquia³⁵ como en el caso Muhammet & Sehil c. Turkmenistan³⁶, los tribunales ordenaron al demandante la obligación de revelar el nombre del tercero financiador³⁷.

21. Este deber de revelación de la identidad del tercero financiador viene a ser consagrado en las primeras regulaciones que se han hecho eco de la irrupción de “TPF” en el arbitraje internacional³⁸. Tales disposiciones vienen a incorporar un mayor nivel de transparencia sobre la intervención de “TPF” en el arbitraje internacional. Así, en primer lugar, hemos de hacer referencia a las nuevas Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional de 2014, donde este deber de revelación es formulado con cierta prudencia³⁹, aunque reconociendo esta problemática, pues en primer lugar, busca equiparar a los terceros financiadores con la parte contendiente financiada y en segundo lugar, obliga a la parte financiada a revelar cualquier relación que existan entre ella –incluyendo a los terceros que la financien– y los árbitros.

22. En concreto, la Directriz 6.b dispone que “*si una de las partes fuere una persona jurídica, cualquier persona jurídica o física que tenga una relación de control sobre dicha persona jurídica, o que tenga un interés económico directo en, o deba indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje, podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte*”. Con esta norma general se hace una referencia expresa a la cuestión de la intervención de un tercero financiador y a considerarlo como si fuese la parte financiada, señalando a este respecto la nota explicativa a esta disposición que “*los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalentes a la parte. A estos efectos, los términos ‘tercero financiador’ y ‘aseguradora’ se refieren a cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al desarrollo del proceso en interés de la demanda*”.

³³ Volveremos sobre ello, Vid. *Infra* n.º 50 y ss.

³⁴ Tal y como defiende J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, la obligación de revelar un conflicto de intereses por parte de los árbitros ha adquirido una importancia primordial en el mundo del arbitraje en estos últimos años, constituyendo un principio fundamental derivado de la buena fe y, cuyo incumplimiento pone en marcha medidas de carácter punitivo, entre ellas, la posible anulación del laudo, “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. VI, n.º.3, 2013, pp. 799-839.

³⁵ Caso CIADI n.º. ARB/14/14, Transcripción de la Primera Sesión y Audiencia sobre medidas cautelares, 17 de marzo de 2015, p.145, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6267.pdf>, [consultado el 24 de mayo de 2016].

³⁶ Caso CIADI, n.º. ARB/12/6, Orden procesal n.º.3, de 12 de junio de 2015, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>, [consultado el 24 de mayo de 2016].

³⁷ Sobre estos dos casos, J-C. HONLER, “Recent Decisions on Third Party Funding in Investment Arbitration”, *ICSID Review*, Vol. 30, n.º. 3, 2015, pp. 708-710.

³⁸ Cuestión que ya ha sido defendida por varios autores apoyándose en razones de transparencia y de conducción del procedimiento de acuerdo al principio de buena fe. Vid. una relación de los mismos, mostrándose igualmente a favor de este deber de revelación, B. OSMANOGLU, “Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, *Journal of International Arbitration*, vol. 32, n.º. 3, 2015, pp. 340-341.

³⁹ Coincidimos en este caso con la opinión mostrada por M. OLIVER COJO, “Arbitraje y financiación procesal parciaria...”, *op.cit.*, pp. 76-77.

o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje”.

23. Por su parte, la Directriz 7.a contempla la obligación de revelar la existencia de alguna relación entre el árbitro y cualquier persona que tenga un interés económico en el resultado del arbitraje, señalando en concreto que *“cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre el árbitro y la parte (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades o un individuo con una relación de control sobre la parte en el arbitraje), o entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se emita en el arbitraje. Cada parte informará a iniciativa propia lo antes posible”.*

24. Para eliminar cualquier sombra de duda sobre cuál es la extensión objetiva de esta obligación de revelación, la nota explicativa de esta norma deja bien claro que la ampliación que supone la misma respecto de la anterior versión de las Reglas IBA tiene como objetivo cubrir las relaciones con personas o entidades con un interés económico directo en el laudo que será emitido en el arbitraje, tales como una entidad que financie el arbitraje o, que tengan un deber de indemnizar a una parte por el laudo. La razón de esta ampliación del deber de revelación parece bastante clara con vistas a preservar la integridad del procedimiento arbitral, ya que supone mitigar el riesgo de una impugnación basada en la falta de imparcialidad o independencia de un árbitro tras conocerse dicha información.

25. Como bien se puede extraer de esta normativa, no se ha contemplado un deber general de revelar la existencia de “TPF”, sino únicamente una obligación de revelación condicionada a la presencia de una relación previa entre la entidad financiadora y alguno de los árbitros, por lo que sí se puede matizar que la naciente jurisprudencia arbitral ha ido más allá de lo previsto en esta normativa, la cual aunque tiene únicamente una naturaleza de “soft law”, es sabido que ha adquirido gran notoriedad e importancia en la práctica desde la adopción de la primera versión de estas Reglas IBA en el año 2004.

26. Por otra parte y, en línea con lo contemplado en las Reglas IBA hay que mencionar igualmente la reciente Nota orientativa emitida por la CCI el 12 de febrero de 2016 sobre el deber de revelación en caso de conflicto de intereses por los árbitros⁴⁰, como parte de su puesta al día de su Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI⁴¹.

27. El objetivo principal de este documento es clarificar las circunstancias en las cuales un árbitro debería optar por revelar posibles conflictos de intereses. La Corte espera que esta nota orientativa ayudará a los árbitros a conocer cuando han de realizar una revelación y asegurará que éstos están comprometidos y son transparentes en relación con la revelación de sus potenciales conflictos de intereses. Si bien la nota no establece unas obligaciones específicas sobre los árbitros sino que más bien deja en manos de cada uno de los miembros del tribunal arbitral la decisión de estimar si se revela un potencial conflicto de intereses, sí que contempla una serie de supuestos que pudieran fundamentar un interrogante sobre la imparcialidad de un árbitro. Entre estos específicos casos y, por lo que atañe al tema objeto de estudio, se realiza una expresa mención a la financiación por terceros del arbitraje en relación con el alcance de este deber de revelación. En concreto, se señala por dicha nota orientativa que los árbitros deberían de considerar, cuando estén evaluando si realizan una revelación, las relaciones con cualquier entidad que tenga un interés económico directo en la controversia o una obligación directa de indemni-

⁴⁰ Vid. “ICC Court Adopts Guidance Note on conflict disclosures by arbitrators”, Nota de prensa disponible en <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-adopts-Guidance-Note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁴¹ Puede encontrarse en http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2015/04/Nota-a-las-partes-y-tribunal-arbitral-sobre-la-conducci%C3%B3n-del-arbitraje_22-02-2016.pdf [consultado el 24 de mayo de 2016].

zar a una parte por el laudo.

28. En consecuencia, se contempla una definición idéntica sobre “TPF” a la ya establecida en las citadas Reglas IBA, que requieren, tal y como hemos visto, revelar por la parte financiada dicha información lo más pronto posible. En el caso de esta nota orientativa de la CCI, se confirma que el árbitro debería considerar la existencia de una financiación de terceros cuando vaya a realizar sus propias revelaciones, lo que asume directamente que el árbitro ha de ser consciente –y, en consecuencia, se le debería haber informado- de la presencia de “TPF” en el concreto procedimiento arbitral. Si tal deber de información por la parte financiada no existiese, el árbitro no podría estimar la presencia de un tercero financiador y, en consecuencia, no tendría medios para evaluar si o no realiza una revelación sobre esta cuestión⁴².

29. Los posibles problemas que se pueden plantear en relación con el “TPF” han sido igualmente considerados por la Comisión Europea cuando ha presentado el 12 de noviembre de 2015 el documento sobre su posición en relación con el futuro contenido del capítulo relativo a la protección de las inversiones en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos –TTIP por sus siglas en inglés–⁴³. En concreto, este documento es la base de la que parten los negociadores europeos frente a sus homónimos norteamericanos y ha sido llevado por primera vez a la duodécima ronda de negociaciones que se ha celebrado en febrero de 2016. Esta posición europea se diferencia claramente de la postura adoptada por parte de Estados Unidos que defiende incluir un sistema de arbitraje de inversiones similar al ya contemplado en su Acuerdo Modelo sobre inversiones de 2012 y que también ha sido incorporado en el Acuerdo de Asociación Transpacífico⁴⁴ –TPP por sus siglas en inglés–.

30. En concreto, Europa aboga por un nuevo mecanismo de solución de controversias inversor-Estado a través de la puesta en marcha de un tribunal internacional permanente⁴⁵. Este nuevo mecanismo además, se quiere incluir en todos los Acuerdos bilaterales sobre inversiones que adopte la Unión Europea, con la idea además, de que el mismo fuese aceptado incluso a nivel multilateral mediante un Acuerdo internacional. En este sentido, ya podemos señalar que tanto el texto final del Acuerdo con Vietnam hecho público en diciembre de 2015⁴⁶ como más recientemente el Acuerdo con Canadá –CETA en inglés–, cuyo texto final ha sido hecho público el 29 de febrero de 2016⁴⁷, incluyen los deseos mostrados por la Comisión Europea de cambiar el arbitraje de inversiones por un procedimiento cuasi-judicial para resolver las disputas inversor-Estado.

31. Hasta cierto punto ha sido sorprendente el cambio que se ha producido en el texto finalmente adoptado en este último Acuerdo en relación con los métodos de solución de controversias inversor-Estado. Hay que recordar que las dos partes habían llegado a un acuerdo sobre un texto final en el verano

⁴² A. GOLDSMITH y L. MELCHIONDA, “The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third Party Funding: A Step in the Right Direction”, *Kluwer Arbitration Blog*, 14 de marzo de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁴³ Puede consultarse en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁴⁴ Sobre el modelo incorporado de resolución de disputas inversor-Estado en este Acuerdo, puede consultarse W. ALSCHNER y D. SKOUGAREVSKIY, “The New Gold Standard? Empirically Situating the TPP in the Investment Treaty Universe”, Working Papers, Graduate Institute of International and Development Studies, 23 de noviembre de 2015, disponible en http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/working_papers/CTEI%202015-8%20Alschner_Skougarevskiy_TPP.pdf, [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁴⁵ Vid. sobre esta cuestión, C. N. BROWER, “Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming the Four Horsemen of the Apocalypse for International Investment Dispute Arbitration?”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. VIII, n.º.3, 2015, pp.653-686; E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Adiós al arbitraje de inversiones en la Unión Europea”, en *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Thomson-Reuters, 2016, pp. 493-512.

⁴⁶ Puede encontrarse en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁴⁷ Puede encontrarse en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf [consultado el 24 de mayo de 2016].

de 2014 y que fue publicado el 26 de septiembre de ese mismo año⁴⁸. En esta versión se seguía contemplando al arbitraje internacional como método principal de solución de disputas, aunque se introducían importantes innovaciones, algunas de las cuales habían sido ya incorporadas por Canadá en sus Tratados en los últimos años⁴⁹. Sin embargo, aprovechando la revisión jurídica del texto, en el nuevo Acuerdo final de 29 de febrero de 2016 se ha modificado el capítulo de inversiones incluyendo un nuevo sistema de solución de controversias basado en el sistema propugnado por la UE de un Tribunal internacional en dos niveles. Este cambio radical viene acompañado por un firme compromiso de la Unión Europea y Canadá para alinear esfuerzos con otros Estados con el fin de crear un tribunal internacional multilateral de inversiones con una estructura similar a la contemplada en este Acuerdo. Este nuevo posicionamiento de Canadá y su alineamiento con la postura propugnada por las instituciones europeas puede suponer una presión añadida para los negociadores norteamericanos en relación con la manera de enfocar esta espinosa cuestión dentro del futuro texto final del TTIP.

32. Por lo que hace referencia a la cuestión de la inclusión de una disposición específica en relación con la financiación por terceros, en el texto modelo de noviembre de 2015 –artículo 8– se introduce el siguiente esquema. Se incluye un artículo que lleva por título “Third Party Funding”, en donde se contempla la obligación de la parte contendiente que está siendo financiada de notificar a la otra parte contendiente y a la división del tribunal, o en el caso de que todavía no se hubiese constituido el mismo, al Presidente del Tribunal internacional permanente, el nombre y dirección del tercero financiador. Dicha notificación deberá ser presentada, de forma general, en el momento en que se solicita la iniciación del procedimiento arbitral, aunque si el acuerdo de financiación es posterior, habrá de ser realizada tan pronto como sea posible. En consecuencia, el deber de revelación afecta a la parte financiada pero únicamente se refiere a la identidad del tercero financiador, una obligación que está presente en todo el desarrollo del procedimiento arbitral. Este mismo esquema es repetido en el artículo 8.26 del nuevo CETA⁵⁰.

33. Por el contrario, el alcance y consecuencias de la intervención de un tercero financiador en un procedimiento inversor-Estado son mucho más amplias en la redacción del artículo 11 de la Sección Tercera del Capítulo Octavo del Acuerdo con Vietnam. En concreto, en primer lugar, se contempla igualmente el deber de revelación por la parte contendiente financiada, del nombre y dirección del tercero financiador tan pronto como sea posible. Sin embargo, se va mucho más allá que en el modelo que se quiere negociar con Estados Unidos y que se ha plasmado de igual manera en el Acuerdo con Canadá. Así, en segundo lugar, se amplía ese deber de revelación pues se exige de manera expresa la obligación de revelar igualmente, la existencia y la naturaleza del acuerdo de financiación. En tercer lugar, se señala que el tribunal arbitral a la hora de aplicar la disposición relativa a la solicitud de una fianza procesal, tomará en cuenta la existencia de “TPF”. Además, por último, se contempla en el caso de condena en costas, que el tribunal podrá valorar como un elemento para su graduación si la parte contendiente ha cumplido o no con el deber de revelación impuesto.

34. Tal y como hemos ido viendo parece que en estos momentos se viene consolidando una cierta aceptación tanto en la práctica arbitral como en las primeras regulaciones sobre la cuestión, en relación con la necesidad de revelar la existencia de financiación por parte de terceros mediante la notificación de la identidad del financiador⁵¹ y, de esta manera además, permitir a los árbitros satisfacer la

⁴⁸ Puede encontrarse en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁴⁹ Vid. sobre esta cuestión, E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Hacia la creación de un tribunal internacional de inversiones”, *La Ley*, n.º 8650, 20 de noviembre de 2015, pp.10-11; N. BERNASCONI-OSTERWALDER, “Commentary to the Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement”, IISD Report, mayo 2013, disponible en https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/commentary_investment_chapter_CETA.pdf [consultado el 15 de junio de 2016].

⁵⁰ “1. Where there is third party funding, the disputing party benefiting from it shall disclose to the other disputing party and to the Tribunal the name and address of the third party funder. 2. The disclosure shall be made at the time of the submission of a claim, or, if the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as the agreement is concluded or the donation or grant is made”.

⁵¹ A una conclusión parecida llegan muy recientemente, M. N. ILLIESCU, “A Trend towards Mandatory Disclosure of Third

exigencia de que no incurran en ningún tipo de conflicto de intereses. Una tendencia que merece nuestra aprobación con el fin de salvaguardar la integridad y la transparencia del proceso arbitral⁵².

35. Mayores dudas se plantean en la actualidad respecto a si el deber de revelación en relación al “TPF” debe ir más allá. En concreto, los interrogantes e incertidumbres planean sobre si el deber de relevación debe abarcar la naturaleza y términos concretos del acuerdo de financiación.

2. Los términos del acuerdo de financiación

36. Partiendo de lo decidido por el tribunal arbitral en el caso SAS c. Bolivia, la cuestión se respondería claramente de forma negativa, tal y como ya habíamos adelantado. En este caso, Bolivia no sólo solicitó al tribunal que la parte demandada revelase la identidad del tercero financiador sino que igualmente, basándose en que únicamente de esta forma se podría confirmar si existen o no conflictos de intereses que pondrían en riesgo el procedimiento arbitral y en consecuencia el futuro laudo que pudiese emitirse, se ordenase la revelación de los términos de acuerdo de financiación.

37. Esta obligación de revelar los términos del “TPF”, de acuerdo con Bolivia, permitiría evaluar dos aspectos fundamentales: 1) considerar quién es verdaderamente la parte interesada en el arbitraje que se está desarrollando, ya que se podría conocer si alguna o todas las pretensiones han sido cedidas al tercero financiador y, 2) verificar la existencia de un verdadero compromiso por parte del tercero financiador en el acuerdo de hacer frente a la eventual condena en costas de la parte contendiente financiada. Ante las posibles dudas sobre la insuficiencia económica de la parte demandada, únicamente la confirmación de la existencia de tal obligación dentro del acuerdo por parte del tercero financiador permite obtener la certeza de que Bolivia pudiera obtener las costas procesales en las que incurra en este procedimiento arbitral.

38. Por su parte, SAS, la parte demandante y financiada mediante un acuerdo “TPF”, alegó que aunque, tal y como ya hemos señalado, estaba de acuerdo en revelar la identidad del tercero financiador, dicha revelación era suficiente para mostrar la inexistencia de cualquier relación relevante entre las partes y los árbitros, lo cual eliminaba todo tipo de conflicto de intereses y hacía innecesario toda obligación supletoria de relevación de información adicional sobre los términos del acuerdo de financiación. Además, se argumentó que no había cedido en ningún caso sus pretensiones, no existiendo prueba alguna en otro sentido. Por último, SAS defiende que los términos del acuerdo de financiación no tienen relevancia alguna para decidir sobre el verdadero objeto de ese procedimiento arbitral y que la revelación de los mismos si así se ordenase, podría ocasionarle graves perjuicios tanto a la parte contendiente como al tercero financiador, pues los términos de dicho acuerdo son confidenciales y comercialmente sensibles.

39. El tribunal arbitral no dudó en ordenar la revelación de la identidad del tercero financiador pero negó la solicitud de Bolivia de obligar a revelar los términos del acuerdo de financiación celebrado con el tercero financiador⁵³. Esta decisión se fundamentó en primer lugar, en la irrelevancia de conocer si el tercero financiador haría o no frente a una eventual condena en costas, ya que el tribunal había estimado que no se reunían las circunstancias necesarias para decretar una caución con tal fin. Y en segundo lugar, que no existía ninguna razón adicional para cambiar la decisión ya tomada por el tribunal

Party Funding? Recent Developments and Positive Impact”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2 de mayo de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/> [consultado el 24 de mayo de 2016]; N. DARWAZEH y A. LELEU, “Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third Party Funding”, *Journal of International Arbitration*, Vol.33, n.º.2, p. 135.

⁵² No faltan opiniones, sin embargo, que están en contra de este deber de revelación, pues estiman que una vez que un tribunal arbitral tenga conocimiento de la existencia de financiación, puede crearse el perjuicio de que las pretensiones presentadas están poco fundamentadas, Vid. en este sentido, J. VON GOELER, *Third Party Funding in International...*, op. cit., p. 151.

⁵³ Vid. Orden procesal n.º.10, cit., n.º.69 y ss.

en la fase de producción de documentos donde se había ya negado la solicitud de Bolivia de obligar a revelar los términos del acuerdo de financiación. En consecuencia, la decisión del tribunal arbitral apoya la postura de un deber de revelación “limitado” en relación con la presencia de un acuerdo “TPF” en un arbitraje. Este deber de revelación estaría limitado a la identidad del tercero financiador a menos que el solicitante aportase circunstancias excepcionales que pudieran obligar a revelar los términos del acuerdo de financiación.

40. Esta decisión arbitral está en línea con lo manifestado con la mayoría de las respuestas contempladas en el estudio sobre arbitraje internacional publicado en octubre de 2015 conjuntamente por la Universidad Queen Mary de Londres y el despacho White & Case⁵⁴. En este estudio, un 71% de los encuestados opinaba que era necesaria la adopción de normativas que tuvieran en cuenta los acuerdos “TPF” y su incidencia en el desarrollo de un procedimiento arbitral. En este sentido, dicha normativa habría de contemplar que *“it should be mandatory in international arbitration for claimants to disclose any use of third party funding and the identity of the funders involved, but not the full terms of any funding arrangement”*. Esta postura se ha defendido porque revelar la existencia del acuerdo y la identidad del tercero financiador proporcionaría una transparencia al procedimiento arbitral que ayudaría a evitar posibles conflictos de intereses. Sin embargo, si bien una minoría estaba a favor de revelar los términos de acuerdo en su totalidad para valorar la influencia que pudiera tener el tercero financiador sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, una gran mayoría rechazó esta propuesta argumentando que tal revelación sería irrelevante para una gestión efectiva de dicho procedimiento.

41. Esta posición de defensa de un deber de revelación “limitado”, sin embargo, no fue precisamente la ordenada por parte del tribunal arbitral en el caso *Muhammet & Sehil c. Turkmenistan*, que por el contrario, asumió la postura de la existencia de un deber de revelación “amplio” respecto al “TPF”. El tribunal arbitral en la orden procesal número 3, de 12 de junio de 2015, decretó la revelación del tercero financiador y los términos del acuerdo de financiación. El tribunal arbitral, fundamentó esta decisión en cuatro importantes factores⁵⁵: 1) asegurar la integridad del procedimiento arbitral determinando la existencia o no de relaciones relevantes con los árbitros, 2) valorar si hay un posible fundamento para la hipotética solicitud futura por parte del Estado contendiente de una *cautio judicatum solvi*⁵⁶, 3) aclarar la existencia o no de un tercero financiador ante las dudas planteadas por la conducta procesal del demandante y, 4) estimar la falta de pago de una condena en costas en otro procedimiento arbitral por esta misma parte contendiente.

42. Esta misma posición de abogar por un deber de revelación “amplio” respecto del “TPF” es también recogida en el proyecto de reglas de arbitraje de inversiones del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur⁵⁷. Si finalmente el texto proyectado se convierte en definitivo, este reglamento institucional de arbitraje será el primero que se ocupa de regular el “TPF”. En concreto, la regla 23.1 expresamente otorga al tribunal la posibilidad de ordenar la revelación *“of the existence and details of a party’s third party funding arrangement, including details of the identity of the funder, the funder’s interest in the outcome of the proceedings, and whether or not the funder has committed to undertake adverse costs liability”*.

43. Con esta disposición, este proyecto de reglamento arbitral se viene a alinear con la posición defendida por el tribunal arbitral en el caso *Muhammet & Sehil c. Turkmenistan*, donde tal y como

⁵⁴ Queen Mary and White & Case’s International Arbitration Survey (octubre 2015), disponible en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁵⁵ J-C. HONLET, “Recents decisions on third party...”, op.cit., pp. 709-710.

⁵⁶ De hecho, tras esta decisión del tribunal arbitral, el 29 de septiembre de 2015 la parte demandada presentó una solicitud para que el tribunal ordenase la constitución de una fianza para el pago de las costas. El tribunal arbitral ha decidido sobre esta cuestión en la orden procesal nº.6, de 6 de febrero de 2016. Dicha decisión no ha sido publicada. Vid. los detalles de este procedimiento arbitral en la web del CIADI, que pueden encontrarse en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/6&tab=PRD> [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁵⁷ Dicho proyecto de reglamento puede encontrarse en <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA%20Rules%20%28rev%2020160115%29.pdf>. [consultado el 24 de mayo de 2016].

hemos visto, se había contemplado ya el poder inherente que tiene todo tribunal arbitral para decretar la revelación de la existencia y/o los términos del acuerdo de financiación, en la medida necesaria para cada caso concreto.

44. En nuestra opinión, entre las circunstancias concretas de cada caso para ampliar el deber de revelación habría que incluir una posible solicitud por la parte demandada de una *cautio judicatum solvi*. En este supuesto se puede señalar que si existen suficientes pruebas que sugieren que el demandante es insolvente o va a llegar a serlo al final del procedimiento arbitral, la existencia de “TPF”, junto con otros factores que muestren un abuso o una práctica de mala fe por parte del demandante⁵⁸, puede influenciar en la decisión del tribunal arbitral requiriéndole a que se obligue a revelar los términos del acuerdo de financiación. En tal caso, los tribunales arbitrales deberían revisar de forma detallada el contenido del acuerdo y más en concreto, las cláusulas y términos que establezcan si y bajo qué circunstancias el tercero financiador puede dar por terminada la financiación y, si además se hace responsable de una posible condena en costas⁵⁹.

45. Hay que recordar, por último, que en relación con esta cuestión ni dentro de la propia Comisión europea parece existir una idea clara en relación con el contenido concreto de los Acuerdos de Inversión de la Unión Europea⁶⁰. Así, tal y como ya hemos señalado, tanto el documento de negociación con Estados Unidos para el texto del TTIP como en el texto final del CETA de 29 de febrero con Canadá, se ha incorporado una disposición en donde se viene a contemplar un deber de revelación limitado, pues únicamente se refiere al nombre y dirección del tercero financiador. Por su parte, el Acuerdo con Vietnam parece incorporar una obligación más amplia al expresamente incluir dentro del deber de revelación, además del nombre y dirección del tercero financiador, “*the existence and nature of the funding arrangement*”.

46. La falta de regulación existente sobre esta figura y la tensión existente entre el potencial impacto que tiene la existencia de financiación sobre la integridad del procedimiento arbitral y el perjuicio que puede causarse a la parte contendiente y al financiador por la revelación de los términos concretos del acuerdo de financiación encuentra un adecuado reflejo sobre las dudas existentes y el debate que genera la limitación o no del deber de revelación sobre esta cuestión. Por ello, podría ser conveniente que intentando lograr un adecuado equilibrio, tanto la posible regulación futura como los tribunales arbitrales contemplasen una cierta flexibilidad sobre la amplitud del deber de revelación del contrato de financiación, de tal manera que únicamente cuando existan razones claras y convincentes sea preciso otorgar un mayor alcance a esta obligación y siempre con la justificación primordial de no dañar la integridad del procedimiento arbitral⁶¹.

IV. El impacto de la presencia de “TPF” sobre una solicitud de caución y una condena en costas

1. Las solicitudes de caución

47. *La cautio judicatum solvi* –security for costs en inglés– es una figura jurídica ampliamente utilizada en el mundo jurídico anglosajón que, poco a poco, ha venido incorporándose al arbitraje internacional. Esta fianza procesal es una medida cautelar que consiste en que la parte demandada exige al tribunal arbitral que ordene que la parte demandante pague una cantidad de dinero en concepto de fianza

⁵⁸ Esta situación encuentra un excelente y paradigmático ejemplo en el caso del denominado arbitraje “hit and run” (golpea y corre). En estos supuestos, la parte demandante es una empresa subsidiaria que ha sido intencionalmente desprovista de todos sus activos por parte de su empresa matriz con el fin de beneficiarse de un laudo condenatorio y, al mismo tiempo, evitar todo riesgo de tener que hacer frente al pago de una indemnización o a una condena en costas.

⁵⁹ Precisamente, en un caso de arbitraje comercial internacional, un tribunal constituido bajo las reglas de la CCI (X v. Y and Z, ICC Case Procedural Order of 3 August 2012), obligó a constituir una fianza a la parte financiada sobre la base de que, entre otras razones, el acuerdo de financiación no abarcaba las condenas en costas y además permitía terminar el acuerdo en cualquier momento de forma discrecional por parte del financiador.

⁶⁰ Vid. Supra n.º. 32 y ss.

⁶¹ Defendiendo esta postura también, E. CHAN, “Proposed Guidelines for the Disclosure of Third Party Funding Arrangements in International Arbitration”, *American Review of International Arbitration*, Vol. 26, n.º. 2, 2015, pp. 282-283.

con el fin de garantizar que el solicitante pueda recuperar las costas del arbitraje si al finalizar el procedimiento arbitral las pretensiones de la parte demandante son finalmente rechazadas siendo además esta parte condenada a pagar las costas de la otra⁶².

48. Los tribunales arbitrales, de forma tradicional y especialmente en controversias inversor-Estado, se han mostrado desde siempre bastante reacios a conceder este tipo de solicitudes cuando así se les ha requerido. Aun no dudando de los poderes del tribunal para decretar esta medida cautelar, cuestión confirmada en varios casos, el especial énfasis que los tribunales han otorgado al requisito de la necesidad y urgencia de la medida, lo que ha supuesto que el ejercicio de esta potestad únicamente debe afirmarse en circunstancias extremas y excepcionales, ha conducido a que con una única excepción –RSM c. Santa Lucía⁶³, aquellos se hayan negado a concederla⁶⁴.

49. Sin embargo, la novedad que supone la presencia de un acuerdo de financiación de terceros en el arbitraje internacional podría ser un factor de cambio de la anterior postura. Así, ha habido alguna opinión doctrinal que defiende que la existencia de “TPF” podría justificar que un tribunal arbitral ordenase que la parte contendiente financiada preste caución suficiente para cubrir las costas derivadas del arbitraje⁶⁵.

50. En este mismo sentido, en el caso SAS c. Bolivia, el Estado boliviano había solicitado la constitución de una fianza de este tipo, declarando que la precaria situación económica del demandante venía corroborada por la existencia de “TPF” en este caso. La relevancia de un acuerdo de financiación incidía, de acuerdo con lo defendido por Bolivia, de manera clara en la necesidad de ordenar una caución en base a tres factores de indudable importancia: 1) si no hay medios para cubrir sus propios gastos derivados del arbitraje, mucho menos habrá, *a fortiori*, para reembolsar los gastos que haya podido incurrir la parte demandada, 2) no existe prueba alguna de que en los términos del acuerdo de financiación, el tercero se haya obligado a pagar una eventual condena en costas y, 3) ante la presencia de un tercero financiador, existe una presunción a favor de que se ordene dicha medida, trasladándose la carga de la prueba de que no debería ordenarse la caución a la parte financiada. Por su parte, SAS se opuso de manera enérgica a la solicitud de Bolivia, argumentado que la contratación de un tercero financiador no justificaba ni mucho menos el otorgamiento de una medida cautelar de este tipo.

51. El tribunal arbitral fue claro al respecto en relación a esta solicitud de Bolivia, rechazándola⁶⁶. Dicha decisión la fundamentó en varios motivos: 1) reiteró, en primer lugar, que los distintos tribunales arbitrales mantienen como una posición general, que la carencia de activos, la imposibilidad de mostrar cuáles son los recursos económicos disponibles, o la existencia de un riesgo o de dificultades económicas que afecten a las finanzas de una empresa no son per se razones suficientes para conceder una caución. Esta fianza únicamente podría ser otorgada en circunstancias extremas y excepcionales, en donde se pruebe una conducta abusiva constante de que la que pueda inferirse mala fe de la parte a quien se pide otorgar dicha medida, 2) apoyó lo ya declarado por el tribunal arbitral en el caso Eurogas c. Eslovaquia, en donde se señaló que la sola presencia de un tercero que financie el arbitraje no es una causal excepcional que justifique otorgar una caución de este tipo, 3) sostuvo que la presencia de un tercero financiador por sí sola no demuestra la imposibilidad de pago o insolvencia, pues es posible obtener financiación por otras razones distintas y, 4) respaldó que aunque la existencia de un tercero financiador puede ser un elemento a tener en cuenta al decidir una medida de este tipo, el convertirla en determi-

⁶² W. KIRTLEY y K. WIETRZYKOWSKY, “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs when an Impecunious Claimant Is Relying upon Third Party Funding?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 30, n.º 1, 2013, pp. 19-21.

⁶³ Vid. *Infra* n.º 52.

⁶⁴ J. VON GOELER, *Third Party Funding in International...*, *op.cit.*, pp. 337-338.

⁶⁵ En este sentido, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2014, p. 2496, señala que la falta de recursos económicos de una parte para satisfacer una condena en costas, junto con que exista un acuerdo de financiación por terceros, constituye “*a strong prima facie case for security for costs*”.

⁶⁶ Orden procesal n.º 3, de 11 de enero de 2016, *cit.*, n.º 45 y ss.

nante para otorgarla o denegarla, provocaría que la parte demandada en un arbitraje internacional podría siempre solicitar y obtener dicha caución de manera sistemática, aumentando de esta manera el riesgo de obstaculizar las reclamaciones legítimas.

52. Con esta postura, el tribunal arbitral se alinea con la posición mantenida por otros tribunales arbitrales que en situaciones semejantes habían denegado la solicitud de caución, argumentando que la mera presencia de un acuerdo de financiación no justifica ordenar que se preste una caución de este tipo⁶⁷. Puede decirse que la única excepción en relación con esta cuestión se produjo en el caso RSM c. Santa Lucía⁶⁸. Sin embargo, hemos de señalar que a este caso realmente le rodeaban unas circunstancias excepcionales que si podían fundamentar la orden que finalmente emitió el tribunal arbitral sobre la obligación de prestar caución⁶⁹. En realidad, no fue la mera presencia de “TPF” la que inclinó la balanza para aceptar la solicitud por parte del tribunal, sino que lo verdaderamente relevante en este caso fue un cúmulo de factores, entre los que destacaba el historial de incumplimiento por parte del demandante de hacer frente a las costas a las que había sido condenado tanto en otro procedimiento arbitral anterior como en otros procedimientos judiciales nacionales.

53. Este elevado nivel de exigencia –que consideramos apropiado–, basado en circunstancias excepcionales para el otorgamiento de esta medida encuentra su justificación precisamente, en el arbitraje de disputas inversor-Estado, en las concretas características que presentan muchas de las reclamaciones que se realizan en este concreto ámbito, pues se suelen impugnar acciones gubernativas que han violado un estándar de protección de un Acuerdo de Inversiones, así por ejemplo una expropiación, y que han tenido como consecuencia inmediata la actual situación de dificultad económica en la que se puede encontrar el demandante que necesita de financiación. Si tal umbral se rebajase de tal manera que la presencia de un tercero financiador pudiese activar la concesión de una caución, un Estado podría hacer suyos los distintos activos de una empresa y luego exigir en el posterior procedimiento arbitral que el ahora demandante insolvente ha de prestar fianza por millones de dólares con el fundamento de que tal empresa se encuentra en graves dificultades económicas y por ello sería incapaz de hacer frente a una hipotética condena en costas.

54. En este mismo sentido, se manifiesta también el proyecto de informe adoptado por el grupo de trabajo conjunto ICCA-Universidad Queen Mary sobre solicitudes de caución y costas⁷⁰, donde, en primer lugar, se deja claro que la decisión en el caso RSM c. Santa Lucía no puede apoyar para nada la idea de que se debe ordenar una fianza procesal siempre que esté presente un “TPF”. Además, como postura general, se concluye que la existencia de un acuerdo de financiación por sí solo no significa ni mucho menos que la parte contendiente financiada esté en una situación de precariedad financiera.

55. La práctica nos muestra que cada vez en mayor medida existe una utilización creciente de este tipo de acuerdos por parte de grandes empresas que son solventes y que buscan mitigar riesgos. En consecuencia, la mera presencia de un tercero financiador en un procedimiento arbitral no es por sí sola una razón suficiente para ordenar que se preste una *cautio judicatum solvi*. Por el contrario, tal y como ya hemos señalado con anterioridad, donde concurren circunstancias excepcionales de forma acumulativa⁷¹, los términos concretos del acuerdo de financiación, siempre que se haya obligado a revelarlos,

⁶⁷ Vid. J-C- HONLET, “Recents decisions on Third Party...”, op.cit., pp. 704-707.

⁶⁸ Caso CIADI n.º.ARB/12/10. Sobre el mismo, puede consultarse muy recientemente, F. ROSENFELD, “Security for Costs in ICSID Arbitration: RSM Production Corporation v. St. Lucia, *Arbitration International*, Vol. 32, n.º.1, 2016, pp. 157-166.

⁶⁹ Decisión sobre la solicitud de *cautio judicatum solvi* de Santa Lucía, de 13 de agosto de 2014, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf> [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁷⁰ Disponible en <http://www.ccls.qmul.ac.uk/docs/news/170813.pdf>. [consultado el 15 de junio de 2016]. Vid. sobre el mismo, S. BREKOULAKIS, “The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications. The ICCA-Queen Mary Task Force Report”, *Kluwer Arbitration Blog*, 18 de febrero de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁷¹ N. DARWAZEH y A. LELEU, “Disclosure and Security for Costs...”, op.cit., pp.146, defienden que los tribunales arbitrales

pueden ser un elemento relevante más para otorgar la medida solicitada.

56. Hay que señalar, por último que, sin embargo, como una matización a esta postura jurisprudencial, lo contemplado en el citado Acuerdo de Libre Comercio de la Unión Europea con Vietnam⁷², donde se señala que el tribunal cuando esté evaluando sobre una solicitud de caución, deberá tomar en consideración la existencia de “TPF”. En nuestra opinión, si se quiere ser coherente con lo manifestado ya por los tribunales arbitrales, dicha consideración expresa de la presencia de un acuerdo de este tipo habría de valorarse conjuntamente con otros factores o circunstancias para ordenar por parte del tribunal la necesidad de prestar dicha fianza. Dicho de otra manera, una evaluación con un estándar elevado sobre la necesidad y urgencia de la medida que muestre un alto riesgo económico real para el demandado y una actuación abusiva de la parte a quien se pide otorgar la caución.

2. Condena en costas

57. Los tribunales arbitrales cuando han tenido que valorar si la mera presencia de un “TPF” es una razón suficiente para dictar una decisión condenatoria en costas, han considerado que la existencia de un acuerdo de financiación no es por sí solo un factor que se deba tener en cuenta en la determinación y asignación de las costas⁷³.

58. Sobre esta cuestión, por ejemplo, el tribunal arbitral en el caso Kardassopoulos c. Georgia fue claro, afirmando la inexistencia de un principio en el arbitraje internacional por el cual la presencia de un acuerdo de financiación sea un factor determinante para valorar la cantidad que debe recuperar una parte contendiente en concepto de costas⁷⁴. Del mismo modo, se manifiesta el proyecto de informe ICCA- Queen Mary citado al señalar que “*the fact that a party’s costs have been funded should generally not be regarded as a relevant factor in determining whether or not costs are to be allocated based on the outcome of the case*”⁷⁵.

59. La hasta ahora escasa práctica arbitral sobre esta cuestión no coincide, sin embargo, con las disposiciones incluidas tanto en el citado proyecto de Reglas de Arbitraje del SIAC como en el Acuerdo de Libre Comercio de la Unión Europea con Vietnam.

60. Así, por una parte, en la regla 32.1 del citado proyecto de Reglas de Arbitraje del SIAC se permite que el tribunal pueda tomar en cuenta la existencia de acuerdos de financiación en el momento de prorratear las costas del arbitraje, y además, en la regla 34 se concede al tribunal el poder de ordenar condenas en costas contra terceros financiadores cuando se estime apropiado. La inclusión de estas reglas se ha defendido⁷⁶, porque aunque se señala que las entidades financiadoras suelen contratar un seguro “after the event” y además, se les requiere por la *Association of Litigation Funders*⁷⁷ para que in-

deberían ser más sensibles a las solicitudes de caución, especialmente en los supuestos en que un demandante insolvente está siendo financiado y el demandado se enfrenta con un riesgo serio de estar ante un arbitraje “hit and run”. En estos casos, además y, en el supuesto de un arbitraje inversor-Estado, no sólo se protegerían los intereses de la parte demandada sino también los de los contribuyentes de ese país.

⁷² Vid. Supra n.º. 33.

⁷³ Vid. J-C. HONLER, “Recent decisions on third party...”, op.cit., pp. 702-704.

⁷⁴ Casos CIADI, n.º.ARB/05/18 y n.º.ARB/07/15, Laudo de 3 de marzo de 2010, p.215, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0445.pdf> [consultado el 24 de mayo de 2016]. Igualmente, RSM c. Granada, Caso CIADI n.º.ARB/05/14, Procedimiento de Anulación, Orden del Comité cerrando el procedimiento y decisión sobre costas, pp. 18-19, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0727.pdf> [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁷⁵ Doc. cit., p. 10.

⁷⁶ J. LIM y D. PRASAD, “A Brief Overview of the Draft SIAC Investment Arbitration Rules 2016”, Kluwer Arbitration Blog, 12 de marzo de 2016, disponible en <http://kluwarbitrationblog.com/2016/03/12/a-brief-overview-of-the-draft-siac-investment-arbitration-rules-2016/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁷⁷ The Association of Litigation Funders of England and Wales. Forman parte de la misma las siguientes entidades financiadoras: Burford Capital, Calunius Capital, Harbour Litigation Funding, Redress Solutions, Therium Capital Management, Vannin Capital y Woodsford Litigation Funding. Su código de conducta e información relevante para los abogados puede

cluyan su responsabilidad por condena en costas dentro de sus acuerdos de financiación, tales prácticas “*self regulatory*” ni son obligatorias ni son cumplidas de forma general. De tal manera, que las citadas disposiciones intentan reducir el riesgo de que los Estados que hubiesen ganado y quisieran recuperar las costas, no pudieran. Llama especialmente la atención la disposición que contempla el poder otorgado al tribunal de poder imponer las costas al tercero financiador. En efecto, nos plantea serias dudas esta posibilidad pues, en principio, el tribunal no tiene competencia alguna para emitir una orden de este tipo, ya que ni el tercero financiador es parte del acuerdo arbitral ni tampoco ha sido parte procesal en el procedimiento arbitral⁷⁸.

61. En relación, por último, con el Acuerdo de Libre Comercio de la Unión Europea con Vietnam conviene recordar como el tribunal arbitral puede, al evaluar el reparto de las costas en el laudo, tomar en consideración si la parte contendiente financiada ha cumplido con sus obligaciones en relación al deber de revelación que le incumbe⁷⁹.

V. Valoración final

62. La financiación por terceros en el arbitraje internacional ha irrumpido con fuerza inusitada y se ha convertido en poco tiempo en una fuente de debate y de fuerte enfrentamiento entre sus partidarios y detractores. Su más importante justificación consistente en lograr un efectivo acceso a la justicia no puede hacernos olvidar algunos de los problemas que supone en relación con la transparencia e integridad del procedimiento arbitral. Las cuestiones más espinosas y controvertidas en donde se están centrando los tribunales arbitrales en sus primeras decisiones sobre la presencia de “TPF” se refieren al deber de revelación de esta financiación y a la incidencia sobre el pago de las costas y, todavía puede decirse que, en estos momentos, las dudas persisten y necesitan de una mayor clarificación. La falta de una regulación precisa que contemple las pautas a seguir en estos casos no ayuda y, sólo muy recientemente, comienza a vislumbrarse una cierta preocupación por abordar esta cuestión por parte de la comunidad arbitral.

63. De lo expuesto, sin embargo, podemos señalar que se ha iniciado una tendencia arbitral favorable al deber de revelación de la financiación por terceros, aunque se mantienen dudas sobre cuál debe ser su amplitud. Del mismo modo, la sola presencia de un tercero financiador, por ahora, no se ha convertido en un factor determinante a la hora de la concesión de las solicitudes de caución y de condena en costas.

consultarse en <http://associationofflitigationfunders.com> [consultado el 24 de mayo de 2016].

⁷⁸ En este mismo sentido, Vid. Informe ICCA-Queen Mary, doc.cit., p. 10.

⁷⁹ Vid. Supra n°. 33.

LA SCELTA TACITA DELLA LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO SECONDO IL REGOLAMENTO ROMA I

THE TACIT CHOICE OF THE LAW APPLICABLE TO A CONTRACT UNDER THE ROME I REGULATION

PIETRO FRANZINA

*Professore associato di diritto internazionale
Università di Ferrara*

Recibido: 19.07.2016 / Aceptado: 28.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3257>

Riassunto: In base all'art. 3, par. 1, del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), la scelta della legge regolatrice del contratto, compiuta dalle parti, può essere espressa o risultare con chiarezza dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Lo scritto esamina le principali questioni suscitate dalla *electio iuris* tacita in materia di contratti. Dopo aver chiarito che la scelta tacita contemplata dal regolamento va tenuta distinta dalla scelta ipotetica, cioè dalla scelta che le parti avrebbero plausibilmente posto in essere se avessero concluso fra loro un accordo a questo proposito, l'articolo passa ad affrontare il problema della funzione della norma del regolamento concernente la scelta tacita. Tale norma, si osserva, non concerne la validità formale del negozio di scelta (che costituisce l'oggetto dell'art. 11 del regolamento, in virtù del richiamo di cui all'art. 3, par. 5), quanto piuttosto la prova dell'esistenza e del contenuto di tale negozio. L'attenzione si sposta quindi sugli indizi che l'interprete può legittimamente porre a fondamento del ragionamento suscettibile di condurlo ad affermare l'esistenza di una scelta tacita (le "disposizioni del contratto" e le "circostanze del caso") e sul metro di valutazione che egli deve utilizzare nell'apprezzare tali indizi.

Parole chiave: contratti, conflitto di leggi, autonomia privata, validità formale degli accordi di scelta di legge, prova dell'esistenza e del contenuto degli accordi di scelta di legge.

Abstract: Pursuant to Article 3, paragraph 1, of regulation (EC) No 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), a choice of law by the parties may either be made expressly or be clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. The article addresses the main issues that surround a tacit choice of law made in connection with a contract. It begins by clarifying that the tacit choice envisaged by the regulation cannot be confused with a hypothetical choice, that is the choice that the parties would have plausibly made, had they entered into an agreement in this respect. The article goes on to discuss the function performed by the provision of the regulation which contemplates the possibility of a tacit choice: this provision, it is contended, is not concerned with the formal validity of the choice-of-law agreement (a matter which is covered by Article 11 of the regulation, pursuant to the reference made in Article 3, paragraph 5), but rather with the way in which evidence may be given of the existence and content of such an agreement. The focus finally shifts to the sources of evidence that the interpreter may resort to as a means to assert that a tacit choice of laws has actually been made by the parties (the "provisions of the contract" and the "circumstances of the case"), and to the standards that he must use to assess the elements gathered for that purpose.

Keywords: contracts; conflict of laws; party autonomy; formal validity of choice-of-law agreements; evidence regarding the existence and content of choice-of-law agreements.

Sommario: I. Il valore giuridico del silenzio nel regolamento Roma I. II. La scelta tacita: una scelta reale, non ipotetica. III. La funzione della norma sulla scelta tacita: non una norma in tema di forma, ma una norma in tema di prova. IV. Gli elementi idonei a rilevare l'esistenza e il contenuto di una scelta tacita, ed i parametri da impiegare per il loro apprezzamento. 1. Gli indizi rilevanti: A) le disposizioni del contratto; B) le circostanze del caso. 2. Il metro di valutazione degli indizi.

I. Il valore giuridico del silenzio nel regolamento Roma I

1. Il contratto, dice l'art. 3, par. 1, del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), "è disciplinato dalla legge scelta dalle parti". Il secondo periodo del medesimo art. 3, par. 1, aggiunge che la scelta, ove non sia "espressa", deve risultare "chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso".

2. Come la convenzione di Roma del 19 giugno 1980, che ne costituisce il predecessore, anche il regolamento Roma I sottende un chiaro favore per l'autonomia privata¹. Prefigurando la possibilità di una scelta tacita, sia pure circondata da particolari cautele, il regolamento mira in ultima analisi a facilitare l'autodeterminazione dei contraenti. L'idea è che, se le parti hanno maturato una comune intenzione circa la legge regolatrice del rapporto, questa loro volontà dovrebbe poter avere rilievo anche quando per qualche ragione essa sia rimasta inespressa, cioè non sia stata veicolata da parole (messe per iscritto o semplicemente pronunciate) o da altri segni o gesti inequivocabilmente idonei a comunicare, secondo regole sociali condivise, il consenso di chi li ha posti in essere (ad esempio, un gesto di assenso fatto col capo subito dopo la richiesta dell'altra parte di pronunciarsi su una sua proposta relativa alla legge applicabile al contratto)². L'autonomia, proprio perché principio cardine del regime europeo dei conflitti di leggi in materia di contratti, dovrebbe poter essere esercitata in modo ampio e libero: stando a un assunto che il legislatore europeo sembra accogliere senza riserve, ma che suscita in una parte della dottrina delle vivissime perplessità, i benefici della *lex voluntatis* – compresa la certezza delle situazioni giuridiche nascenti dal contratto – si producono, infatti, anche quando la volontà delle parti non si è manifestata in modo espresso³.

3. Di fatto, attraverso l'art. 3, par. 1, secondo periodo, il regolamento segnala che le volontà costitutive di una *electio iuris* non devono necessariamente essere portate da espressioni verbali, o dai

¹ Sul punto, v. per tutti A. GARDELLA, "Art. 3 (Libertà di scelta)", in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I") – Commentario*, a cura di F. Salerno e P. Franzina, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 613.

² Come rileva M.S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982, p. 8 ss., il criterio normale di conoscenza dei fatti umani "si può ricondurre a un procedimento induttivo, per cui da una espressione esterna si giunge alla cognizione della realtà interna, in quanto ogni fatto ha la sua realtà in una 'rappresentazione'". Tale procedimento induttivo si effettua con facilità nell'ipotesi normale della coincidenza tra manifestazione esteriore e realtà interiore. Il procedimento si rivela difficile, invece, quando la manifestazione esteriore non appare chiaramente indicatrice del rapporto che lega quest'ultima all'interna realtà, ad esempio perché il soggetto sollecitato a pronunciarsi risponde in modo evasivo o serbi il silenzio. Vi sono fatti umani "che indicano chiaramente il loro stesso contenuto interno, presentandosi nel mondo empirico con una loro personalità ben delineata e netta": sono, questi, i "fatti a interpretazione primaria", nel cui ordine si situa la parola. E vi sono, di contro, dei "fatti incerti, male afferrabili, dai contorni sfumati", come il silenzio. Senonché, anche il silenzio, lungi dall'essere uno spazio vuoto, è capace di recare un significato, segnatamente "quando si pone in un contesto di relazione, quando diviene il fatto di una persona con la quale si può stabilire un certo rapporto", in particolare come risposta ad una pretesa o attesa. I sistemi privatistici nazionali conoscono la distinzione fra l'atto "parlato" e l'atto "muto", e la usano – per esempio – in relazione all'accettazione dell'eredità o all'accettazione dell'offerta contrattuale. V. in argomento da ultimo, con questo linguaggio, R. SACCO, *Il diritto muto: neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, p. 89 ss.), che ripercorre l'emersione della categorie del fatto concludente, e il tentativo di concettualizzazione che fa capo alla nozione di negozio di volontà, o *Willensgeschäft*, che – pur non concretandosi in una dichiarazione – ha i connotati del negozio, "perché nell'attuazione sarebbe insita una volontà, e l'ordinamento riconetterebbe a questa volontà un effetto ad essa simmetrico". V. su tutta la tematica anche E. FERRERO, "Dichiarazione espressa", "dichiarazione tacita" e autonomia privata, Torino, 1974.

³ In termini fortemente critici circa l'ammissibilità di una scelta di legge tacita, v. di recente, anche per altri riferimenti, T. AZZI, "La volonté tacite en droit international privé", in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2010-2012, p. 147 ss.

segni grafici con cui tali espressioni sono raffigurate e documentate. L'esistenza e il contenuto della concorde volontà delle parti possono essere determinati, se del caso, anche tramite un'inferenza, cioè attraverso un procedimento logico in virtù del quale l'interprete, muovendo da un dato fattuale (il fatto che le parti hanno tenuto un certo comportamento, hanno usato nei loro rapporti certe parole etc.), giunge a una conclusione – che si vuole persuasiva – circa la comune volontà dei contraenti in ordine alla legge applicabile al contratto⁴.

II. La scelta tacita: una scelta reale, non ipotetica

4. La scelta tacita, come si legge nella relazione illustrativa della convenzione di Roma del 1980 redatta da Mario Giuliano e Paul Lagarde, va intesa alla stregua di una scelta reale, non di una finzione giuridica⁵.

Di fatto, la norma del regolamento che consente di affermare l'esistenza e il tenore di una *electio iuris* a partire “dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso” ha vocazione ad applicarsi solo quando le parti si siano consapevolmente determinate nel senso di assoggettare il loro rapporto alla legge di un dato paese, ed abbiano semplicemente ommesso di tradurre questo loro incontro di volontà in uno o più enunciati linguistici o in altri segni immediatamente espressivi della loro volontà.

5. In questo senso, come ancora si dice nella relazione Giuliano - Lagarde⁶, e come hanno ripetuto in varie occasioni i giudici degli Stati membri⁷, la scelta tacita non va confusa con la scelta ipotetica, o presunta. Mentre la scelta tacita è una scelta vera, cioè una scelta effettivamente compiuta dalle parti, la scelta ipotetica è appena una scelta virtuale, cioè una scelta che un osservatore esterno giudicherebbe probabile senza tuttavia aver verificato (e, al limite, senza ritenere di dover verificare) se la stessa sia stata davvero posta in essere. La scelta ipotetica, in altri termini, è la scelta che, agli occhi di un terzo, le parti avrebbero plausibilmente posto in essere se si fossero interrogate sulla legge applicabile e si fossero risolte a compiere una scelta.

La scelta tacita – l'unica contemplata dal regolamento – esige dunque di essere accertata sulla base della realtà dei rapporti fra le parti, verificando se i contraenti abbiano davvero maturato una concorde intenzione circa la legge deputata a regolare il contratto. Esula, invece, dal novero delle indagini consentite dall'art. 3 del regolamento un esame delle circostanze che miri ad individuare, secondo qualche parametro oggettivo ed astratto (il parametro della ragionevolezza o quello dell'*id quod plerumque accidit*), il contenuto che le parti avrebbero dato a un loro eventuale accordo circa la legge regolatrice del contratto se mai fossero avvenute a un accordo siffatto.

⁴ La scelta tacita si distingue, quanto meno concettualmente, da una scelta espressa di cui però risulti ambiguo il significato. L'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento sembra volersi applicare al primo dei due fenomeni, non al secondo. L'ipotesi della *electio* espressa ma ambigua pone essenzialmente un problema di ermeneutica negoziale, occorrendo capire quali criteri debbano guidare l'interprete nella determinazione del significato della comune volontà delle parti. In questa sede basti rilevare che il regolamento non stabilisce, a questo fine, dei criteri propri. Sembra pertanto inevitabile, fare appello ai criteri di interpretazione degli atti di autonomia fissati a livello statale, più precisamente – in forza dell'applicazione (analogica, se del caso) dell'art. 12, par. 1, lett. a), del regolamento – la *lex contractus*, quale risulta designata, almeno *prima facie*, dall'accordo delle parti. In pratica, seguendo un ragionamento caratterizzato da una certa circolarità, l'interprete, posto di fronte a una *electio* che pare designare la legge del paese X, utilizza, per ricostruire la comune intenzione delle parti, i criteri ermeneutici della stessa legge X. Ove l'ambiguità sia tale da non consentire neppure l'individuazione di una legge “apparentemente” designata dalle parti, occorrerà concludere che le parti non hanno concluso, espressamente, alcuna scelta. Si tratterà allora di vedere se possa dirsi formata una scelta tacita e, in mancanza di indizi idonei a giustificare un'affermazione di questo genere, individuare la legge regolatrice del contratto mediante i pertinenti criteri obiettivi.

⁵ In Gazz. uff. *Comunità eur.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 1 ss., *sub art. 3, n. 3*. L'assunto trova concorde la dottrina: v. per tutti, in proposito, U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2ª ed., Bari, 2000, p. 67, e A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 16ª ed., Granada, 2016, p. 905.

⁶ *Op. loc. cit.*

⁷ V. ad esempio *Aeolian Shipping SA v ISS Machinery Services Ltd* [2001] EWCA Civ 1162 e, più recentemente, *Lawlor v Sandvik Mining & Construction Mobile Crushers and Screens Ltd* [2012] EWHC 1188 (QB), confermata da *Lawlor v Sandvik Mining & Construction Mobile Crushers and Screens Ltd* [2013] EWCA Civ 365.

6. Nel sistema del regolamento, la *electio* tacita integra a tutti gli effetti una scelta di legge. Essa si colloca all'interno del perimetro dell'autonomia, rimanendo del tutto estranea, come tale, al regime delle norme obiettive. In sostanza, se le parti hanno inteso avvalersi della libertà di scelta riconosciuta dall'art. 3, la loro volontà potrà essere ricostruita, se del caso, anche a partire dalle "disposizioni del contratto" o dalle "circostanze"; se però abbiano rinunciato a tale libertà, o non siano pervenute ad accordarsi per avvalersene, la legge applicabile al contratto andrà determinata in base alle pertinenti disposizioni obiettive, come quelle racchiuse nell'art. 4⁸.

Dire il contrario, consentendo all'interprete di lavorare sulle "disposizioni del contratto" e le "circostanze del caso" anche là dove manchino in partenza i segni di una reale autodeterminazione dei contraenti, significherebbe affidare all'interprete il compito di "supplire" a un'inesistente volontà dei contraenti, realizzando il programma che – ad avviso dello stesso interprete – gli stessi contraenti avrebbero probabilmente posto in essere se solo avessero voluto concordemente qualcosa. Il regolamento, come già la Convenzione, non segue questo approccio, ed anzi risolutamente lo rigetta, sempre in nome del principio di autonomia: se una volontà c'è, anche inespressa, quella volontà va rispettata; se però non c'è, occorre prenderne atto e conseguentemente lasciare spazio, senza finzioni, alle norme di conflitto obiettive, quelle deputate ad operare, come si dice per l'appunto nell'art. 4, "in mancanza di scelta"⁹.

III. La funzione della norma sulla scelta tacita: non una norma in tema di forma, ma una norma in tema di prova

7. L'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento Roma I si occupa delle modalità espressive della scelta di legge. Ciò potrebbe indurre taluno a pensare che il regolamento, con la disposizione in esame, abbia inteso disciplinare la *validità formale* del negozio di scelta, cioè i caratteri esteriori che l'accordo delle parti deve rivestire per poter essere considerato valido.

8. La supposizione, legittima, si dimostrerebbe errata. Sarebbe legittima perché, in linea di principio, nulla impedisce al legislatore dell'Unione di subordinare la validità del *pactum de lege utenda* al rispetto di particolari requisiti formali, da esso stesso enunciati. Ciò è quanto accade, per esempio, nell'ambito del regolamento (UE) n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (Roma III). L'art. 7, par. 1, di tale regolamento stabilisce che, in mancanza di più rigide prescrizioni nella legge nazionale pertinente (individuata attraverso i paragrafi 2, 3 e 4 dello stesso art. 7), l'accordo sulla legge regolatrice della separazione personale o del divorzio, contemplato dall'art. 5 di quello stesso regolamento, dev'essere "redatto per iscritto, datato e firmato da entrambi i coniugi"¹⁰.

⁸ La linea che divide il campo della *lex voluntatis* dal campo delle regole di conflitto obiettive – cioè l'area della scelta da quella della *non scelta* – non è sempre stata tracciata, nella storia delle idee del diritto internazionale privato, con la nettezza che la connota oggi. Una posizione ben nota, che si è soliti ricondurre alla figura di H. BATIFFOL (di cui v., al riguardo, *Le rôle de la volonté en droit international privé*, Paris, 1957, p. 71 ss.), postula che la legge applicabile al contratto dipenda sempre, per sua natura, dalla localizzazione obiettiva del rapporto, salvo ammettere che la volontà delle parti possa incidere sul processo di localizzazione, orientandolo. La dialettica fra scelta tacita (ma reale) e scelta ipotetica (mero riflesso di un ancoraggio obiettivo della fattispecie a un dato ambiente sociale ed economico, che l'interprete "scopre", se del caso, sulla base delle manifestazioni di volontà delle parti) rispecchia le difficoltà che hanno circondato l'elaborazione della moderna concezione dell'autonomia privata nei conflitti di leggi, evocando la contrapposizione tra spinte volontaristiche (inclinati a favorire una larga autodeterminazione dei singoli, purché basata su un reale consenso comune) e la salvaguardia dell'autorità del diritto obiettivo (declinabile, sì, in funzione della proiezione geografica della fattispecie, ma non assoggettabile – pena il venir meno della sua natura precettiva – alle determinazioni del singolo).

⁹ Per usare le parole di N. JOUBERT, "Le choix tacite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du règlement Rome I", in *Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, a cura di S. Corneloup e N. Joubert, Paris, 2011, p. 231, il principio di autonomia "pose, concernant la question du choix tacite, deux exigences: d'une part, que soit reconnu le choix effectué par les parties (afin précisément de ne pas déjouer leurs prévisions), mais, d'autre part, que ne soient pas imposées aux parties les conséquences d'un choix qu'elles n'auraient pas réellement effectué – ou en tout cas pas d'un commun accord".

¹⁰ Un'analogia soluzione viene seguita dall'art. 23 del regolamento (UE) 2016/1103 del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni

Senonché, in materia di contratti, il legislatore europeo ha creduto di dover intraprendere, per quanto concerne la forma dell'*electio iuris*, una strada diversa. Anziché introdurre dei requisiti autonomi (ossia non legati alle norme interne di questo o quel paese), il regolamento Roma I ha optato per una soluzione di tipo conflittuale¹¹. Ha cioè dato rilievo, a questo fine, alla disciplina in materia di forma stabilita dalla legge statale identificata mediante un'apposita norma di conflitto: quella dettata dallo stesso regolamento per dirimere i conflitti di leggi relativi alla validità formale dei contratti, in generale¹².

9. Ciò emerge, in termini che paiono inequivocabili, dal combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e dell'art. 11 del regolamento.

In base alla prima delle due disposizioni, “[l]’esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile” sono disciplinate dagli articoli 10, 11 e 13 del regolamento, cioè dalle norme deputate a risolvere, rispettivamente, i conflitti di leggi in materia di esistenza e validità sostanziale del contratto, in materia di validità formale del contratto e in materia di capacità delle parti. In pratica, per il regolamento, il *pactum de lege utenda*, pur essendo un negozio concettualmente e giuridicamente separato dal contratto a cui si riferisce¹³, deve comunque ritenersi sottoposto – quando si faccia questione della sua esistenza e della sua validità, oppure della capacità delle parti a concluderlo – al medesimo regime di conflitto a cui soggiace il contratto a cui la scelta di legge si riferisce.

L'art. 11, come accennato, è la norma che, nel regolamento, ha il compito di identificare la legge applicabile alla validità formale del contratto (e dunque, per effetto della riferita estensione, la legge applicabile alla validità formale della *electio iuris*). La disposizione contempla due scenari, distinguendo l'ipotesi dell'accordo concluso “tra persone che si trovano, o i cui intermediari si trovano, nello stesso paese al momento della conclusione”, dall'ipotesi dell'accordo intervenuto fra soggetti presenti in Stati diversi. Nel primo caso, ai sensi dell'art. 11, par. 1, l'accordo è “valido quanto alla forma se soddisfa i requisiti di forma della legge che ne disciplina la sostanza ai sensi del ... regolamento o della legge del paese in cui è concluso”. Nel secondo caso – dice l'art. 11, par. 2 – l'accordo è valido se è considerato tale dalle norme della *lex contractus* oppure dalle norme “della legge del paese in cui si trova una delle parti, o il loro intermediario, al momento della conclusione”, oppure, ancora, “della legge del paese in cui una delle parti risiedeva abitualmente in quel momento”. In ogni caso, ai sensi dei paragrafi 4 e 5 dell'art. 11, la forma dei contratti di consumo è disciplinata dalla legge del paese in cui il consumatore ha la residenza abituale, mentre per i contratti aventi ad oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile valgono i requisiti di forma posti dalla *lex rei sitae*, a condizione che, secondo tale legge, i requisiti in parola “si applichino indipendentemente dal paese in cui il contratto è concluso e dalla legge che disciplina il contratto”, e siano configurati, nel loro ordinamento, come inderogabili.

10. In pratica, seguendo la via tracciata dagli articoli 3, par. 5, e 11 del regolamento, se la validità formale del contratto dipende dal rispetto degli speciali requisiti di forma a cui tale contratto non può

in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, e dall'art. 23 del regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

¹¹ V. per tutti J.-J. KUIPERS, “Party Autonomy in the Brussels I and Rome I Regulation and the European Court of Justice”, in *German Law Journal*, 2009, p. 1523, che contrappone la soluzione ora riferita a quella che lo stesso legislatore dell'Unione ha accolto con riguardo agli accordi di proroga della giurisdizione relativi alla “materia civile e commerciale”.

¹² Un approccio fondamentalmente non diverso appare seguito nel regolamento (UE) n. 650/2012 (UE) del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo: l'art. 22 di tale regolamento, in tema di *professio iuris*, prescrive, al par. 2, che la scelta di legge sia effettuata “in modo espresso a mezzo di dichiarazione resa nella forma di una disposizione a causa di morte o risultare dalle clausole di tale disposizione”. Assume rilievo, per questa via, la disciplina di conflitto dettata per la validità formale delle disposizioni *mortis causa* dall'art. 27 del medesimo regolamento, ovvero quella dettata dall'art. 1 della convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla forma delle disposizioni a causa di morte, negli Stati membri vincolati da tale strumento. Nulla espressamente si dice, invece, in ordine alla forma della *electio iuris* nel regolamento (CE) n. 864/2007 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II).

¹³ Sull'autonomia della *electio* v. per tutti, F. MARRELLA, “Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto”, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, a cura di N. Boschiero, Torino, 2009, p. 60 ss., e G.-P. CALLIÈSS, “Article 3 Rome I”, in *Rome Regulations*, 2ª ed., a cura di G.-P. Calliès, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 89 s.

sottrarsi in forza dell'art. 11, quei medesimi requisiti hanno vocazione a condizionare pure la validità formale della eventuale *electio iuris* conclusa dalle parti con riferimento a detto contratto.

11. Stabilendo che la validità formale della scelta va apprezzata sulla base dell'art. 11 del regolamento, l'art. 3, par. 5, chiede all'interprete di guardare alle norme materiali che, negli ordinamenti richiamati in via alternativa dall'art. 11, disciplinano la forma (non già della scelta di legge, ma) del negozio "principale" di cui si discute,¹⁴ cioè del contratto in relazione al quale le parti hanno inteso operare l'*electio*. Il regolamento, per quanto disposto a considerare il *pactum de lege utenda* in modo distinto dal contratto a cui accede, ha ritenuto – come detto – di ricondurre ad unità, a questo effetto, la disciplina conflittuale del *pactum* e quella del contratto a cui lo stesso fa riferimento. Tale unità di regime conflittuale rispecchia una generale volontà di semplificare il quadro normativo di riferimento, giacché assicura che le questioni concernenti la validità formale del *pactum de lege utenda* (come quelle relative all'esistenza dello stesso e alla capacità delle parti) siano risolte in base alle medesime norme che regolano le corrispondenti questioni suscitate dal contratto, senza che occorra far capo a regole specifiche.

I vantaggi insiti nella soluzione accolta dal regolamento vanno peraltro al di là della semplificazione dell'opera dell'interprete. Ancorando la validità formale del *pactum de lege utenda* ai requisiti di validità formale del contratto a cui il *pactum* si riferisce, il regolamento allontana il rischio che le condizioni di forma a cui è soggetto il contratto in forza dell'art. 11 vengano di fatto aggirate da una scelta di legge compiuta in spregio di tali condizioni. Se è vero che l'art. 11, istituendo un concorso alternativo di criteri di collegamento, mira a contenere il rischio che il contratto possa essere invalidato per ragioni di forma, è vero anche che il *favor validitatis* di cui la norma è espressione non è concepito dal regolamento come un *favor* cieco e illimitato: perché il contratto sia valido debbono essere osservate le condizioni di forma stabilite da almeno uno dei paesi con cui il contratto risulta collegato in forza dei legami di cui all'art. 11. Si tratta, certo, di condizioni "minime", ma ad esse non è possibile derogare. Se la validità formale della scelta di legge potesse dipendere dal rispetto di condizioni diverse, più liberali, le parti potrebbero di fatto sottrarsi (con riguardo al *pactum de lege utenda* e, per questa via, con riguardo al contratto) alle regole di forma stabilite da tutti gli ordinamenti con cui, in base all'art. 11, il contratto appare collegato agli effetti della forma. L'art. 11 ne uscirebbe di fatto svuotato di senso.

12. Il ragionamento condotto sin qui in merito alla validità formale del negozio di scelta di legge può essere ripercorso con l'aiuto di qualche esempio. Si immagini che la società italiana Alfa intenda costituire su un immobile sito in Italia un'ipoteca convenzionale in favore della banca francese Beta, a garanzia della puntuale restituzione delle somme che quest'ultima è sul punto di prestare alla prima. In forza dell'art. 11, par. 5, del regolamento Roma I, l'atto costitutivo dell'ipoteca non potrà reputarsi valido, quanto alla forma, se non rivesta (almeno) la forma scritta, in conformità con quanto stabilito dall'art. 2821 del codice civile italiano. Alla luce dell'art. 3, par. 5, del regolamento, un'eventuale scelta di legge pattuita dalle parti non potrà a sua volta reputarsi valida se non rivesta anch'essa la forma scritta.

E ancora, si supponga che Tizio, residente in Italia, doni a suo fratello Caio, residente in Svizzera, un quadro antico di grande valore. L'atto, concluso senza che le parti si siano allontanate dal paese in cui rispettivamente vivono, dovrà reputarsi formalmente valido, ai sensi dell'art. 11, par. 2, del regolamento Roma I, se sia stato perfezionato per iscritto, ad esempio mediante uno scambio epistolare, in linea con quanto dispone l'art. 243, par. 1, del codice svizzero delle obbligazioni; e ciò ancorché la legge italiana, precisamente l'art. 782, 1° comma, del codice civile, esiga agli stessi fini la più gravosa formalità dell'atto pubblico. L'eventuale *electio iuris* che le parti abbiano convenuto fra loro per iscritto, anziché con atto pubblico, dovrà dunque reputarsi valida in forza del combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e dell'art. 11, par. 2, del regolamento.

¹⁴ Se l'indagine prefigurata dal combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e dell'art. 11 dovesse riguardare le norme specificamente relative alla validità della *electio iuris*, anziché quelle riguardanti la validità del contratto che ne forma l'oggetto, la ricerca produrrebbe solo assai di rado dei risultati utili. È infatti del tutto infrequente che i sistemi giuridici nazionali stabiliscano dei requisiti formali specifici per i negozi di scelta della legge applicabile.

13. Resta da capire a questo punto se non vi sia, almeno nei fatti, una contraddizione fra l'approccio "informale" che sottende l'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento Roma I, con il suo richiamo alla possibilità di una scelta inespresa, desunta appena dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze, e le rigorose prescrizioni formali a cui l'*electio iuris* potrebbe risultare soggetta in virtù del combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e dell'art. 11 del medesimo regolamento. È difficile comprendere, lamentano alcuni autori, come il regolamento, subito dopo aver dichiarato di accontentarsi per la *electio iuris* di un consenso tacito, imponga alle parti di rivestire (non solo il loro contratto, ma anche) il *pactum de lege utenda* delle forme solenni eventualmente prescritte dalla legge statale designata in forza dell'art. 11 (o dalla più liberale fra di esse, ove operi un concorso alternativo di criteri di collegamento).

Secondo un'opinione che incontra il favore di una parte significativa della dottrina, le disposizioni in parola recherebbero, in effetti, dei precetti fra loro incompatibili, tanto che l'interprete non potrebbe far altro che compiere, di fronte ad essi, una scelta di campo, optando per l'una o l'altra delle previsioni citate¹⁵. Di fatto, si dice, egli dovrebbe dare prevalenza all'informalità dell'art. 3, par. 1, ignorando – per quanto riguarda l'*electio* – le prescrizioni formali rese rilevanti dall'art. 11. Ad imporlo – si sostiene – sarebbe il primato del diritto dell'Unione europea: le leggi statali designate ai sensi dell'art. 11 dovrebbero infatti cedere il passo alla norma sovranazionale che ammette, per designazione della *lex contractus*, la semplice scelta tacita¹⁶.

14. L'opinione ora riferita non appare convincente. La contraddizione che essa si sforza di risolvere (peraltro sulla base di un richiamo non convincente al principio del primato del diritto dell'Unione)¹⁷ non è, a guardar bene, una contraddizione reale. L'art. 3, par. 1, del regolamento Roma I, nella parte in cui contempla la scelta tacita, assolve infatti una funzione diversa da quella assegnata al combinato disposto degli articoli 3, par. 5, e 11. Mentre le due disposizioni evocate da ultimo – come si è detto – riguardano la *forma* che l'accordo delle parti sulla legge applicabile al contratto deve rivestire per essere valido, l'art. 3, par. 1, secondo periodo, affronta il diverso problema della *prova* di tale accordo¹⁸. La norma, in altre parole, non dice come l'accordo deve *essere*, per potersi considerare valido, ma dice appena come ne possa essere *dimostrata* l'esistenza.

Depone in tal senso il tenore testuale dell'art. 3, par. 1, secondo periodo, che si riferisce di per sé al procedimento logico da seguire per conseguire la conoscenza della scelta, più che della consistenza formale della scelta in quanto tale: "The choice shall be ... clearly *demonstrated* ..."; "Le choix ... *résulte* de façon certaine ..."; "Die Rechtswahl muss ... sich eindeutig ... *ergeben*".

¹⁵ G.-P. CALLIÈSS, "Article 3 Rome I", in *Rome Regulations*, 2ª ed., a cura di G.-P. Calliès, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 93 s. L'a. ora richiamato reputa ambiguo il significato del combinato disposto degli articoli 3, par. 5, e 11 del regolamento, e ritiene che l'art. 11 vada di fatto disapplicato per far posto all'art. 3, par. 1, e alle previsioni ivi contenute secondo cui la scelta può essere espressa o risultare con chiarezza dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze: l'art. 11, si osserva, "seems to be largely overridden" dall'art. 3, par. 1. La posizione è condivisa da M. PENADÉS FONS, *La elección tácita de ley en los contratos internacionales*, Cizur Menor, 2012, p. 92 s. Un orientamento analogo è seguito da J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, 2009, p. 145, cui si rinvia anche per il richiamo all'opinione di altri studiosi del medesimo avviso.

¹⁶ Nelle parole di G.-P. CALLIÈSS, *op. cit.*, p. 93-94, "[a]ny formal requirement as to a choice of law provided by the law of a member State appears to contravene the informality of this solution of [Article 3,] paragraph 1 and, thus, would be superseded by the principle of the supremacy of Union law".

¹⁷ In effetti, anche ammettendo che l'art. 3, par. 1, secondo periodo, collida col combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e 11 del regolamento, non sarebbe appropriato ricercare la soluzione di questa contraddizione nel principio del primato dell'Unione europea: le norme statali in tema di forma hanno infatti vocazione ad applicarsi, nello scenario qui considerato, non già per forza propria ma in virtù del diritto dell'Unione, e più specificamente del combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e 11 del regolamento Roma I. Risulta improprio invocare il principio del primato per salvaguardare gli effetti di una norma dell'Unione contro la (supposta) interferenza esercitata su di essa da una norma (statale, è ben vero, ma) anch'essa applicabile in virtù del diritto dell'Unione.

¹⁸ Così, con riferimento alla convenzione di Roma, A. KASSIS, *Le nouveaux droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993, p. 361, e – in relazione al regolamento – R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 141 ss. Invero, il fatto che l'art. 3, par. 1, si occupi della *prova* dei fatti sintomatici di una *electio* tacita pare condivisa dallo stesso G.-P. CALLIÈSS, *op. cit.*, p. 91, secondo cui, riferendosi alla scelta tacita, l'art. 3, par. 1, del regolamento Roma I "autonomously sets forth uniform European criteria for the kind of evidence from which the courts of the Member States may infer a choice".

15. Le previsioni rispettivamente stabilite dall'art. 3, par. 1, secondo periodo, e dal combinato disposto degli articoli 3, par. 5, e 11 del regolamento, lungi dal contraddirsi, operano dunque su piani diversi, rispondendo a interrogativi distinti. Una cosa, infatti, è dire in che modo l'accordo delle parti debba perfezionarsi per poter essere considerato idoneo a produrre il richiamo internazionalprivatistico di cui è astrattamente capace (cosa di cui si occupa l'art. 11, in forza del richiamo di cui all'art. 3, par. 5); e altra cosa è dire su che basi e con quali mezzi può essere accertata l'esistenza e il contenuto dell'accordo di cui si discute. Insomma, un conto è interrogarsi sulle forme richieste *ad substantiam*, e un altro conto è domandarsi se la prova del negozio di scelta è libera o è soggetta a determinate esigenze formali, eventualmente prescritte solo *ad probationem*.

Alla seconda delle funzioni ora indicate obbedisce l'art. 3, par. 1, secondo periodo del regolamento, e solo ad essa. La norma chiede infatti all'interprete – e più specificamente al giudice di fronte al quale sia portata la questione della esistenza e del contenuto di una *electio iuris* – di non esigere, per pronunciarsi sul punto, il riscontro di una volontà espressa, e lo autorizza piuttosto a dedurre gli elementi pertinenti “dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso”, purché “chiaramente” sintomatici della volontà reale e concorde delle parti.

Tale norma prevarrà – vuoi perché specifica, vuoi perché rivestita del primato del diritto dell'Unione – sulle norme statali (quelle investite *dello stesso compito*) che il giudice sarebbe altrimenti chiamato ad applicare in forza delle norme di conflitto pertinenti (a cominciare da quella che assoggetta il processo alle norme processuali in vigore nel foro). Nei fatti, quale che sia la legge regolatrice della prova, il giudice potrà porre a fondamento della propria decisione circa l'esistenza e il contenuto di una *electio* inespressa gli elementi indicati a questo fine dall'art. 3, par. 1, secondo periodo del regolamento (le “disposizioni del contratto” e le “circostanze del caso”) e dovrà preoccuparsi appena di verificare se da essi si desuma, o meno, una indicazione “chiara” della comune intenzione dei contraenti¹⁹.

16. Il fatto che il regolamento Roma I racchiuda, nell'art. 3, par. 1, secondo periodo, non una norma deputata a disciplinare un conflitto di leggi in materia di contratti ma una norma intesa a regolare la prova dei fatti e degli atti che possono venire in rilievo ai fini della determinazione della legge applicabile a un dato contratto non dovrebbe, di per sé, destare sorpresa o creare difficoltà. È ben vero che lo stesso regolamento si preoccupa di chiarire, all'art. 1, par. 3, che le sue norme non intendono applicarsi “alla prova e alla procedura”. Ma è vero anche che tale esclusione non ha un carattere assoluto (lo stesso art. 1, par. 3, contempla un'eccezione a questo riguardo, facendo espressamente salvo l'art. 18 del regolamento), e non è tale comunque da togliere effetto a un'altra norma del medesimo regolamento – quella appunto dell'art. 3, par. 1, secondo periodo – che dichiara, come si è visto, col suo stesso tenore testuale di volersi occupare precisamente di un problema di “prova”, destinato ad insorgere, tipicamente, proprio in un contesto “procedurale”.

Di fatto, analogamente a quanto può dirsi proprio per l'art. 18 – che svela l'interesse nutrito dal regolamento per il meccanismo giuridico delle presunzioni e per il tema dei mezzi di prova (istituti che si collocano per loro natura a cavallo fra sostanza e procedura) – anche l'art. 3, par. 1, secondo periodo, può essere visto come una sorta di incursione fatta dal diritto internazionale privato dell'Unione su un terreno normalmente lasciato alle determinazioni degli ordinamenti nazionali, segnatamente a quello del processo.

¹⁹ Malgrado il diverso avviso espresso da una parte della dottrina, secondo cui la ricostruzione della volontà tacita delle parti andrebbe condotta alla luce dei criteri di ermeneutica negoziale posti dalla *lex fori* (così in particolare F. SBORDONE, *La “scelta” della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003, p. 228 ss.), sembra corretto ritenere che il regolamento, indicando le possibili fonti del ragionamento dell'interprete e fissando il parametro secondo cui gli indizi rilevanti debbono essere apprezzati, abbia inteso ricondurre entrambi i passaggi entro una cornice normativa sovranazionale, non incisa dalle norme interne. Certo, il criterio valutativo accolto dal regolamento – quello della “chiarezza” – risulta estremamente vago, mentre i criteri ermeneutici nazionali presentano spesso un elevato grado di articolazione e precisione (si pensi, per quanto riguarda il diritto italiano, ai vari criteri posti dagli articoli da 1362 a 1371 del codice civile). L'impiego di tali criteri rischia tuttavia di orientare il lavoro ricostruttivo del giudice verso risultati strettamente dipendenti dalla prospettiva ordinamentale scelta (quella della *lex fori*, stando all'opinione ora riferita). In definitiva, sembra corretto ritenere che il giudice, impegnato a ricercare l'esistenza di una *electio* tacita, non sia vincolato dai canoni nazionali di interpretazione dei negozi e debba semmai procedere a una valutazione libera del materiale raccolto. I canoni legali potranno semmai giocare un ruolo nell'argomentazione dell'interprete non perché sanciti nelle norme di questo o quell'ordinamento nazionale, ma perché espressivi di un approccio razionale alla ricostruzione della volontà dei singoli, condiviso dalle varie esperienze giuridiche nazionali.

Questa incursione segnala che, nella valutazione del legislatore europeo, l'effetto utile delle norme di conflitto uniformi (nella specie, la norma che affida all'accordo delle parti l'individuazione della legge applicabile al contratto) esige che i dati fattuali rilevanti – l'avvenuta conclusione di un *pactum de lege utenda*, dotato di un certo contenuto – vengano rilevati e valutati nei diversi Stati membri in base ai medesimi parametri: quale che sia il giudice adito e quale che sia la cornice normativa del rapporto e del procedimento, il regolamento esige che venga data importanza alle “disposizioni del contratto” e alle “circostanze del caso”, purché indicative di una volontà “chiara” delle parti circa la legge applicabile al contratto.

Lasciare libero corso alle norme nazionali concernenti la prova del contratto (le norme che limitano la possibilità di provare un contratto per testimoni, quelle che istituiscono a tal fine delle presunzioni *iuris tantum* o *iuris et de iure* etc.) pregiudicherebbe l'omogenea applicazione dell'art. 3 e l'efficace dispiegarsi del principio di autonomia. Da qui il rigetto di ogni soluzione conflittuale e la predisposizione di una autonoma griglia valutativa, operante a questo fine in tutti gli Stati membri.

17. La diversità delle funzioni assolte rispettivamente dall'art. 3, par. 1, secondo periodo, e dal combinato disposto degli articoli 3, par. 5, e 11 del regolamento Roma I consente di assicurare fra le norme in parola un coordinamento in fin dei conti piuttosto agevole.

Sul piano logico, la questione della validità della *electio iuris* presuppone l'avvenuto accertamento dell'esistenza della stessa *electio*. Senonché, visto che in assenza di una scelta espressa questa seconda indagine può rivelarsi lunga e dispendiosa, ragioni di efficienza processuale (o logica, se la questione si pone in un quadro stragiudiziale) indurranno normalmente a procedere in prima battuta alla verifica – più semplice, perché ancorata a riscontri più “liquidi” – del rispetto delle forme solenni eventualmente prescritte dall'art. 11 del regolamento. Ove tali requisiti non risultino soddisfatti, sarà infatti inutile interrogarsi sull'esistenza di una scelta tacita, dato che una tale scelta, quand'anche alla fine giudicata esistente, sarà in ogni caso inidonea – in base al rinvio stabilito nell'art. 3, par. 5 – ad identificare in modo valido la legge applicabile al contratto.

IV. Gli elementi idonei a rilevare l'esistenza e il contenuto di una scelta tacita, ed i parametri da impiegare per il loro apprezzamento

18. L'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento Roma I conferisce rilievo alle “disposizioni del contratto” e alle “circostanze del caso”, valorizzando in questo modo dei riscontri che possono essere ora intrinseci al contratto, ora esterni ad esso. Un'inferenza circa l'avvenuta formazione e il contenuto della comune volontà delle parti può fondarsi indifferentemente sull'uno o l'altro di tali elementi, o su una combinazione di elementi dell'uno e dell'altro tipo²⁰. È esclusa, per contro, la possibilità di dar rilievo ad altri indizi.

In ogni caso, gli elementi raccolti dall'interprete possono considerarsi tali da giustificare l'affermazione dell'esistenza di una scelta tacita solo quando – per il loro numero, per la loro significatività, per il loro carattere univoco o almeno fortemente convergente – essi segnalino “chiaramente” che le parti hanno maturato una scelta (reale e concorde, lo si è detto) quanto alla legge regolatrice del rapporto.

Il tema degli indizi rilevanti ai fini della prova della *electio* e il problema del metro di valutazione da impiegare in rapporto a tali indizi sono strettamente collegati fra loro e, nei fatti, vengono sistematicamente in rilievo in modo congiunto. Le due questioni vengono qui trattate separatamente solo per ragioni di chiarezza espositiva.

1. Gli indizi rilevanti

A) Le disposizioni del contratto

19. Le “disposizioni del contratto” possono risultare sintomatiche di una scelta di legge in almeno due situazioni, peraltro non sempre facilmente distinguibili l'una dall'altra. In alcuni casi, il lin-

²⁰ J. HILL, A. CHONG, *International Commercial Disputes*, Oxford, 2010, p. 510.

guaggio impiegato nell'accordo e le soluzioni redazionali a cui esso si conforma segnalano che le parti hanno inteso dar vita a un rapporto giuridico oggettivamente incardinato in un particolare ordinamento statale: ciò avviene quando il rapporto di cui si discute, per la fisionomia impressagli dalle parti, risulti rivestire delle precise caratteristiche "nazionali", cioè dei connotati tipici di un particolare ambiente socio-economico o di un sistema giuridico identificabile in termini univoci. In altri casi, le clausole pattuite dalle parti possono venire in rilievo alla stregua di espressioni parziali o difettose di una *electio* espressa, cioè come spezzoni o varianti mal riuscite di una scelta altrimenti incontestabile: un po' come se l'accordo contenesse un "inizio" di scelta di legge, di cui l'interprete dovesse appena "scoprire" gli sviluppi, impliciti nelle premesse.

20. La prima delle situazioni testé evocate si produce, per riprendere un esempio della relazione Giuliano - Lagarde, quando le parti abbiano deciso di avvalersi di "un contratto-tipo disciplinato da uno speciale regime giuridico", come una polizza di assicurazione marittima dei Lloyd's, concepita per essere governata dal diritto inglese²¹. Ricorre invece il secondo scenario quando le parti abbiano fatto riferimento nel contratto alle norme di un particolare ordinamento giuridico, per fini diversi dalla scelta di legge (ad esempio, per indicare che un'espressione tecnico-giuridica impiegata nell'accordo dev'essere intesa col significato da essa rivestito in quel particolare ordinamento giuridico)²²: come si dice ancora nella relazione Giuliano - Lagarde, i richiami fatti nel contratto "a determinati articoli del codice civile francese possono permettere al giudice di non aver alcun dubbio sul fatto che le parti hanno deliberatamente scelto il diritto francese, sebbene tale scelta non sia stata fatta espressamente nel contratto"²³.

21. Condivise dalla dottrina, queste indicazioni hanno trovato ampio riscontro nella giurisprudenza degli Stati membri. Sul solco della relazione Giuliano - Lagarde, il Bundesgerichtshof ha asserito l'esistenza di una *electio* tacita della legge francese osservando che le parti, al fine di qualificare e disciplinare il rapporto, avessero operato nel loro accordo un esplicito richiamo a specifiche disposizioni del *code civil*²⁴. In una diversa occasione, la stessa Corte Federale di Giustizia tedesca, rilevando che nel testo di un contratto per la costruzione di un edificio comparivano specifici richiami ad atti regolamentari tedeschi in materia edilizia e a standard del Deutsches Institut für Normung (DIN), ha ritenuto di affermare (anche) sulla base di tali indizi che le parti avevano tacitamente convenuto di assoggettare il rapporto alla legge tedesca²⁵.

²¹ Per contro, l'impiego di uno determinato stile redazionale, ancorché tipico della prassi contrattuale di un certo paese, non basta da solo a dimostrare una scelta tacita: G. CORDERO-MOSS, "Does the Use of Common Law Contract Models Give Rise to a Tacit Choice of Law or to a Harmonised, Transnational Interpretation?", in *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, a cura di G. Cordero-Moss, Cambridge, 2011, p. 39 ss.

²² Se il richiamo alle norme di un certo ordinamento è invece inteso dalle parti come funzionale a una scelta di legge, l'*electio* dovrà considerarsi espressa, ancorché eventualmente ambigua, secondo la distinzione tratteggiata sopra, alla nota 3. Si consideri, ad esempio, una clausola così formulata: "il presente contratto è regolato dal codice civile svizzero". Il tenore della pattuizione segnala che le parti hanno voluto compiere una scelta di legge. Il senso dell'espressione presenta appena un elemento di ambiguità, in considerazione del fatto che, nell'ordinamento svizzero, le norme in materia di contratti si rinven-gono, piuttosto, nel codice delle obbligazioni. Per ragioni analoghe, non sembra corretto rinvenire una scelta tacita, quanto piuttosto una scelta espressa al limite meno chiara di quanto sarebbe auspicabile, nella clausola inserita in un contratto di lavoro che assoggetta il rapporto alla "legislazione locale vigente", intendendosi la legge del paese in cui è previsto che si svolga la prestazione dedotta in contratto: per un'ipotesi siffatta, v. Tribunal Superior de Justicia Madrid, 13 febbraio 2006, riferita da E. CASTELLANOS RUIZ, *El reglamento "Roma I" sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009, p. 67.

²³ *Op. loc. cit.*

²⁴ Bundesgerichtshof, 19 gennaio 2000, VIII ZR 275/98, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2000, p. 692 ss. Aderendo similmente alle indicazioni della relazione Giuliano - Lagarde, la High Court inglese ha ritenuto che un contratto di riassicurazione negoziato tramite mediatori dei Lloyd's nel mercato dei Lloyd's e formulato secondo il modello standard in uso nei Lloyd's dovesse ritenersi tacitamente sottoposto alla legge inglese: *Tiernan v Magen Insurance*, in *International Litigation Procedure*, 2000, p. 517 ss. Nello stesso senso, riferendosi a un contratto di lavoro in cui comparivano riferimenti a precise disposizioni del diritto italiano e a istituti tipici dell'ordinamento italiano, si era già espresso Pretore Roma, 6 aprile 1998, in *Repertorio del Foro italiano*, voce *Diritto internazionale privato*, 1999, n. 53.

²⁵ Bundesgerichtshof, 14 gennaio 1999, *Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report Zivilrecht*, 1999, p. 813 ss.

22. Approfondendo il problema del rilievo da attribuire ai richiami operati dalle parti alle disposizioni di un dato ordinamento giuridico, la giurisprudenza interna ha correttamente osservato che, di fronte a rinvii di questo genere, l'interprete è confrontato a due ipotesi ricostruttive radicalmente alternative fra loro. Come ha osservato, ad esempio, il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, i richiami in discorso, ove non segnalino una scelta tacita in favore della legge statale a cui appartengono le norme richiamate, integrano una recezione materiale delle norme in questione. Un fenomeno, quest'ultimo, che, collocandosi nell'alveo dell'autonomia negoziale (anziché nel perimetro dell'autonomia internazionalprivatistica), si distingue nettamente – per natura ed effetti – dalla designazione convenzionale della legge applicabile al contratto, ed anzi presuppone risolto in altro modo il problema dell'individuazione della *lex contractus* (è infatti da tale legge che dipende l'ammissibilità, con i relativi limiti, di una recezione negoziale)²⁶.

B) Le circostanze del caso

23. In linea generale, le “circostanze del caso” possono recare la prova di una *electio iuris* tacitamente compiuta dalle parti quando rechino la traccia oggettiva del punto di vista degli stessi contraenti sulla legge che, a loro avviso, dovrebbe regolare il rapporto. Le circostanze significative, a questo fine, sono quelle che descrivono il comportamento tenuto dalle parti prima della conclusione del contratto, in occasione della conclusione del contratto o nell'adempimento delle obbligazioni da esso derivanti.

Ad esempio, prendendo a prestito ancora una volta la relazione Giuliano - Lagarde, “il fatto che le parti, anteriormente al contratto, abbiano concluso un altro contratto contenente la scelta espressa della legge applicabile, può consentire al giudice di concludere con certezza che il secondo contratto [a cui pure non acceda una scelta espressa] sarà regolato dalla stessa legge ... in circostanze peraltro che non denotano alcun cambiamento nel comportamento delle parti”²⁷.

Il legame che unisce il contratto di cui si discorre ad un diverso contratto di cui sia nota la legge regolatrice può rappresentare una circostanza rilevante, ai fini della ricostruzione di una *electio* tacita, quando si concreti in una connessione giuridicamente e materialmente significativa, tanto da lasciare intendere che le parti hanno voluto assoggettare entrambi i rapporti ad un'unica legge²⁸. La Cour de Cassation francese, in un caso risalente e di per sé estraneo al regime europeo dei conflitti di leggi in materia di contratti, ha colto un nesso di questo genere nel rapporto che intercorre fra un contratto di garanzia (per il quale non consti una scelta espressa) e il contratto da cui deriva l'obbligazione garantita²⁹.

²⁶ Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, 30 novembre 2009, n. 12025, reperibile nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Al fenomeno della incorporazione materiale fa allusione il 13° considerando del regolamento Roma I, secondo cui la normativa uniforme “non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale”. Si deve ritenere che, per le stesse ragioni, se non a più forte titolo, il regolamento non precluda la recezione materiale di norme statali, tratte da una legge diversa dalla *lex contractus*. Quanto alla differenza fra scelta di legge e incorporazione materiale, v. per tutti, R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed., London, 2009 p. 135 s.

²⁷ *Op. loc. cit.*

²⁸ V. per tutti, sul tema, l'articolata riflessione di S. CORNELOUP, “Choix de loi et contrats liés”, in *Le règlement communautaire “Rome I”*, cit., p. 285 ss.

²⁹ Cour de Cassation, 1° luglio 1981, in *Revue critique de droit international privé*, 1982, p. 336 ss., con nota di P. LAGARDE. Per un'applicazione recente dello stesso schema argomentativo, v. *Mitsubishi Corporation v Alafouzos* [1988] 1 Lloyd's Rep 191. Anche rispetto a una garanzia, peraltro, l'intensità del legame può variare tra una fattispecie e l'altra, potendo essere necessario dare rilievo, ad esempio, ad elementi come il carattere senz'altro accessorio, anziché autonomo, dell'obbligo assunto dal garante. Non può dirsi, comunque, che qualsiasi contratto *lato sensu* funzionale ad un altro intrattenga per ciò solo con quest'ultimo un legame rilevante ai fini dell'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento Roma I. Il credito documentario, ad esempio, ancorché emesso ai fini del soddisfacimento di una pretesa creditoria nascente da un contratto, rimane tendenzialmente autonomo da quest'ultimo, onde la legge scelta dalle parti di quest'ultimo contratto non dice per regola alcunché di significativo quanto alla volontà delle parti della lettera di credito quanto alla legge regolatrice dei rispettivi rapporti: cfr. *Attock Cement Co Ltd v Romanian Bank for Foreign Trade* [1989] 1 Lloyd's Rep. 572. Sulla possibilità di dare rilievo al fenomeno del collegamento negoziale ai fini della ricostruzione di una *electio* tacita, v. comunque, di recente, anche *FR Lurssen Werft GmbH & Co KG v Halle* [2010] EWCA Civ 587.

Sulla scorta di considerazioni analoghe, la relazione Giuliano - Lagarde incoraggia altresì l'interprete a considerare, ai fini della ricostruzione di una scelta tacita, l'eventuale *electio* espressa fatta dalle parti con riguardo a "rapporti dello stesso tipo"³⁰.

24. La volontà tacita delle parti può essere ricostruita, più in generale, guardando ai fatti (giuridicamente e materialmente rilevanti rispetto al contratto) che esistevano all'epoca della negoziazione o della conclusione dell'accordo: dovrà trattarsi di fatti noti alle parti, che – proprio perché conosciuti e tenuti in considerazione dai contraenti – si rivelino sintomatici del comune punto di vista dei contraenti circa l'ordinamento giuridico statale che dovrebbe fungere da cornice del rapporto.

La Cassazione francese, per esempio, pronunciandosi su un contratto con cui un'impresa di costruzioni aveva assunto un tecnico per impiegarlo per un periodo determinato presso un cantiere a Karachi, ha asserito l'esistenza di una tacita scelta delle parti in favore della legge francese facendo leva sul fatto che la società datrice di lavoro era francese, così come il lavoratore, che il contratto aveva ricevuto un inizio di esecuzione in Francia prima che il prestatore partisse per il Pakistan e che la retribuzione dovuta al prestatore era espressa in franchi francesi³¹.

25. È facile intuire come un'inferenza basata sul genere di circostanze come quelle appena evocate rischi talora di tramutarsi nella ricerca – vietata, come si è visto – della volontà ipotetica delle parti, o nella ricerca (anch'essa impropria, visto che il regolamento Roma I affronta in altro modo il problema della legge obiettivamente applicabile al contratto) del paese con cui il contratto presenta il collegamento più stretto.

La giurisprudenza degli Stati membri mostra quanto possa essere sfumata, nei fatti, la linea di confine che separa i diversi concetti ora ricordati: scelta tacita, scelta ipotetica, collegamento più stretto.

In un caso, ad esempio, la High Court inglese, chiamata a pronunciarsi su una polizza assicurativa conclusa fra una compagnia assicurativa statunitense e una società statunitense nell'interesse di una propria controllata britannica, ha ricavato l'esistenza di una tacita designazione della legge del Texas da un fascio di indizi che avrebbe potuto servire, senza adattamenti, alla ricerca del paese più intensamente connesso al contratto: l'assicurato era una società commerciale con sede in Texas; i mediatori assicurativi individuati dall'assicurato per la conclusione della polizza erano anch'essi stabiliti in Texas; la compagnia assicuratrice disponeva delle necessarie autorizzazioni per operare in Texas; la polizza era stata conclusa in Texas³². La stessa Corte, più recentemente, occupandosi di un contratto di riassicurazione concluso fra una società inglese, riassicuratrice, e delle compagnie di assicurazione argentine in relazione a dei rischi localizzati in Argentina, ha scorto gli indizi di una scelta tacita compiuta dalle parti in favore della legge inglese nel fatto che il contratto era stato negoziato e concluso in Inghilterra, secondo modelli propri del mercato assicurativo londinese, nel fatto che i certificati assicurativi erano stati rilasciati a Londra da un istituto di credito inglese e nel fatto che la lingua inglese risultava essere la sola lingua utilizzata nei documenti contrattuali e precontrattuali³³.

In un altro frangente, la stessa Alta Corte ha affermato, per contro, che le parti non avevano concluso fra loro alcun accordo sulla legge applicabile, ma è pervenuta a tale conclusione sulla base di un ragionamento nel quale coesistono riscontri psicologici (riferiti, cioè, alla volontà delle parti) e dati obiettivi (veri e propri indizi di prossimità). Si trattava di una controversia riguardante una polizza assicurativa connessa oggettivamente e soggettivamente a Regno Unito e Canada, e integrante una più ampia operazione di coassicurazione. La Corte ha ritenuto che non risultasse provata (perlomeno non con il grado di certezza richiesto dalla convenzione di Roma del 1980) una tacita *electio* della legge dell'On-

³⁰ *Op. loc. cit.*

³¹ Cour de Cassation, 28 ottobre 1997, n. 94-42340, reperibile nella banca dati *Légifrance*. Un modo di ragionare in fondo non diverso ispira, ad esempio, la pronuncia della Audiencia Provincial di Alicante, del 12 dicembre 2003, riportata da E. CASTELLANOS RUIZ, *op. cit.*, p. 68, con cui quel giudice ha ritenuto di poter argomentare l'esistenza di una scelta tacita delle parti in favore del diritto tedesco muovendo dalla comune cittadinanza delle parti (tedesca) e dalla lingua impiegata nell'accordo (il tedesco).

³² *American Motorists Insurance Co. (Amico) v Cellstar Corporation* [2002] EWHC 421.

³³ *Tryg Baltica International (UK) Ltd. v Boston Compania De Seguros SA* [2004] EWHC 1186.

tario ad opera delle parti, dato che gli indizi raccolti mancavano di univocità e consistenza: la valuta di riferimento usata nel contratto era il dollaro americano, salva la precisazione che in caso di conversione avrebbero fatto fede i cambi pubblicati in un quotidiano di Toronto; la durata della copertura assicurativa era determinata con riferimento all'ora di Toronto; il principale assicuratore era una società costituita e operante nel Regno Unito; l'attività di mediazione era stata svolta da una società canadese; la lingua impiegata, l'inglese, appariva più affine all'inglese nordamericano che a quello britannico; il rapporto di cui trattasi era collegato con altre polizze, soggette alla legge dell'Ontario³⁴.

26. Si colloca su un terreno relativamente più sicuro, perché volta a far emergere indizi più direttamente correlati alla volontà dei contraenti, l'analisi della corrispondenza scambiata fra le parti durante le trattative³⁵. Il valore da assegnare a questi scambi resta peraltro incerto, e accade non di rado di registrare, in giurisprudenza, delle apparenti forzature.

In un caso deciso dall'Alta Corte inglese, ad esempio, l'esame delle minute ha messo in luce che le parti avevano originariamente considerato l'eventualità di inserire nel loro accordo una scelta espressa della legge applicabile, nella specie in favore della legge inglese. L'ipotesi era stata successivamente abbandonata, senza che i contraenti si fossero premuniti di documentare le ragioni sottese a questa soluzione. La Corte si è allora interrogata sulle ragioni della elisione per vedere se, e in che termini, l'esito del negoziato svelasse un comune intento delle parti circa la legge regolatrice del contratto. Si trattava, nella specie, di una garanzia prestata dal Governo della Mongolia in favore di una società con sede a Hong Kong a copertura dei crediti di questa verso una società mongola. Per la Corte, l'elisione della clausola di scelta non era tale da escludere che le parti avessero comunque voluto assoggettare il rapporto alla legge inglese. Deponevano in tal senso, si osserva nella pronuncia, il fatto che, nelle trattative, le parti si erano dimostrate particolarmente sensibili all'esigenza che eventuali controversie venissero decise da giudici di un paese "neutro" e sulla base di regole sufficientemente sviluppate e certe, rinvenibili appunto, per la Corte, nell'ordinamento inglese³⁶.

27. In linea generale, il ragionamento che i giudici sono chiamati a svolgere quando viene loro richiesto di vagliare l'esistenza di una scelta tacita si presenta relativamente agevole quando gli indizi disponibili riguardano direttamente la volontà delle parti in ordine alla legge regolatrice del rapporto. L'operazione si fa invece più complessa (e aleatoria negli esiti) quando i fatti usati come prove non si riferiscano di per sé alla identificazione della legge applicabile al contratto, ma riguardino altri aspetti del regolamento negoziale o comunque altre questioni rimesse all'autodeterminazione dei contraenti.

28. Questo secondo scenario si presenta, ad esempio, quando le parti, pur omettendo di compiere una scelta espressa della legge applicabile, si siano accordate fra loro per attribuire ai giudici di un dato Stato la cognizione delle liti che potrebbero insorgere in relazione al contratto. Si tratta allora di capire se la proroga di competenza da esse pattuita in favore dei giudici (o di un particolare giudice) di un determinato Stato sottenda la volontà di assoggettare la sostanza del rapporto alla legge di quel medesimo Stato.

La relazione Giuliano - Lagarde è esplicita nell'ammettere questa eventualità, salvo invitare l'interprete alla circospezione. In qualche caso, si riconosce, "la scelta del foro di un determinato paese può rivelare in modo univoco che le parti hanno voluto che il contratto fosse disciplinato dalla legge del foro", ma tale conclusione deve comunque apparire "compatibile con le altre disposizioni del contratto o con l'insieme delle circostanze della causa".

³⁴ *Travelers Casualty and Surety Company of Europe Ltd v Sun Life Assurance Company of Canada (UK) Ltd* [2004] EWHC 1704. Ad alimentare l'incertezza circa l'esistenza di una tacita *electio iuris* contribuiva il dissenso delle parti quanto alla ricostruzione di alcune circostanze, astrattamente rilevanti a questo fine, quali il luogo in cui sono state avviate e condotte le trattative precontrattuali, il ruolo giocato nelle trattative dalle sedi centrali e periferiche delle società interessate e il contenuto delle minute formate in quel contesto fra le parti.

³⁵ Questo metodo, per esempio, è seguito, assieme ad altri, *Aeolian Shipping SA v ISS Machinery Services Ltd*, cit.

³⁶ *Marubeni Hong Kong and South China Ltd. v Mongolian Government* [2004] EWHC 472.

Gli autori del regolamento Roma I, rigettando la diversa soluzione prefigurata dalla Commissione nella proposta di regolamento (incline a far discendere dall'*electio fori* una forte presunzione in favore di una parallela *electio iuris*)³⁷, hanno ribadito l'approccio prudente accolto dalla relazione Giuliano - Lagarde, precisando, nel 12° considerando, che l'accordo delle parti "volto a conferire a uno o più organi giurisdizionali di uno Stato membro competenza esclusiva a conoscere delle controversie riguardanti il contratto dovrebbe essere uno dei fattori di cui tenere conto nello stabilire se la scelta della legge risulta in modo chiaro". La formula ora riferita ribadisce, per un verso, che la proroga di giurisdizione può consentire la rilevazione di una tacita (ma reale) *electio iuris*, pur senza operare, a questo effetto, in modo "meccanico", cioè secondo schemi logici rigidamente predeterminati. Per altro verso, essa attira l'attenzione dell'interprete sul fatto che una *electio fori* in tanto può assumere rilievo ai fini che qui interessano in quanto segnali una chiara volontà delle parti di ancorare ad un certo paese il contenzioso nascente dal contratto. Un'ipotesi, questa, che non può dirsi riunita se la proroga sia intesa a conferire ai giudici di un certo Stato – come consente l'art. 25 del regolamento (UE) n. 1215/2012 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I bis) – una competenza non già esclusiva, ma concorrente³⁸.

29. Sulla scorta di considerazioni non diverse da quelle appena riferite, il Bundesgerichtshof ha per esempio affermato che la *electio fori* costituisce un indizio significativo ("gewichtiges Indiz") della volontà delle parti di identificare la legge applicabile al rapporto nella legge del foro eletto³⁹. Per la Court of Appeal inglese, la circostanza che le parti abbiano espressamente convenuto di attribuire in via esclusiva ai giudici inglesi la cognizione delle eventuali liti nascenti dal contratto, pur potendo riflettere una comune volontà delle parti quanto all'*electio iuris*, non consente di affermare, per sé sola, l'esistenza di un accordo tacito designante la legge inglese⁴⁰.

30. La cautela che sottende le pronunce ora ricordate appare più che giustificata. I negozi nei quali si esprime, rispettivamente, una scelta del foro e una scelta di legge non sono solo giuridicamente distinti (perché investiti di funzioni diverse, perché soggetti a regimi distinti, perché la validità ed efficacia dell'uno non dipende dalla validità ed efficacia dell'altro), ma possono benissimo obbedire, nella valutazione delle parti, a considerazioni del tutto autonome. Può essere stato vero in passato, almeno in linea di principio, che chi sceglie il giudice, sceglie in tal modo, implicitamente, pure la legge che quel giudice applicherà alla sostanza del rapporto controverso (*qui eligit iudicem, eligit ius*). Oggi, però, l'equazione mal si concilia con la sofisticatezza della prassi contrattuale transnazionale, e con la familiarità raggiunta dagli operatori economici rispetto alla pianificazione e gestione del contenzioso commerciale internazionale.

Di fatto, per limitarsi in questa sede a rilievi generalissimi⁴¹, la scelta di legge tende sovente a premiare un sistema giuridico di cui le parti apprezzano l'equilibrio, la stabilità e la qualità tecnica delle norme sostanziali, mentre la scelta del foro riflette, fra le altre cose, l'apprezzamento delle parti per l'efficienza dell'apparato giudiziario di un certo paese o la prospettata attitudine della pronuncia del giudice designato (e non del giudice che sarebbe competente ad altro titolo) ad essere riconosciuta ed eseguita nei diversi paesi in cui è opportuno che ciò avvenga. Non è detto che tali considerazioni inducano sempre le parti a optare per una scelta "parallela", cioè per una *electio* in favore della legge del medesimo paese alle cui autorità viene attribuita la competenza sulle liti.

³⁷ L'art. 3, par. 1, della proposta di regolamento (doc. COM (2005)650 def.), dopo aver ribadito che la scelta "può essere espressa o risultare in modo certo dalle disposizioni del contratto, dal comportamento delle parti o dalle circostanze della causa", indicava che "[s]e le parti hanno stabilito che competenti a conoscere delle controversie attuali o future riguardanti il contratto siano gli organi giurisdizionali di uno Stato membro, si suppone che esse abbiano anche inteso scegliere la legge di tale Stato membro".

³⁸ V. ampiamente in argomento M. SCHERER, "Le choix implicite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du règlement? L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage", in *Le règlement communautaire "Rome I"*, cit., p. 253 ss.

³⁹ Bundesgerichtshof, 13 giugno 1996, IX ZR 172/95, *IPRax*, 1998, p. 108 ss.

⁴⁰ V. ancora *Aeolian Shipping SA v ISS Machinery Services Ltd*, cit. In questo senso si era già espresso Tribunal d'Arrondissement Luxembourg, 7 luglio 1988, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 1092 ss.

⁴¹ V. più ampiamente in proposito F. DE LY, "Applicable Law and Dispute Resolution Clauses: a Preliminary Report", in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruxelles, 2005, p. 167 ss.

Non è detto, del resto, che le parti guardino sempre e necessariamente con sospetto all'eventualità che il giudice debba decidere la lite sulla base di una legge diversa dalla *lex fori*. Da un lato, in generale, lo sviluppo della pratica della comparazione giuridica e l'accresciuta disponibilità di informazioni sul diritto straniero diminuiscono significativamente il rischio che l'applicazione di norme straniere sia offuscata da incomprensioni o intralciata da soverchie difficoltà pratiche. Dall'altro, le parti potrebbero prefigurarsi, per i rapporti che si apprestano a mettere in piedi fra loro, un contenzioso incentrato su valutazioni di fatto, più che sulla soluzione di questioni di diritto, così di fatto relegando in secondo piano la rilevanza pratica della scelta di legge.

31. Insomma, prima di desumere una tacita *electio iuris* da un accordo di scelta del foro, l'interprete dovrebbe dunque procedere ad un'indagine particolarmente rigorosa di tutti gli indizi pertinenti, evitando delle semplificazioni che appaiono sempre meno giustificate alla luce della mutata realtà economica e sociale.

A conferma del fatto che proprio questa sensibilità è richiesta all'interprete si pongono, oggi, i Principi dell'Aja sulla scelta della legge applicabile ai contratti commerciali internazionali, adottati dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato il 19 marzo 2015. L'art. 4, dei Principi, dopo aver affermato che la scelta può essere espressa o apparire chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze, chiarisce che un eventuale accordo attributivo della giurisdizione concluso fra le parti "is not in itself equivalent to a choice of law".

32. Deve dar prova di una prudenza ancora maggiore, stando a un'opinione condivisa da larga parte della dottrina⁴², chi pretenda di affermare l'esistenza di una scelta tacita a partire da una convenzione arbitrale, cioè a partire dall'accordo con cui le parti abbiano devoluto alla decisione di uno più arbitri la soluzione delle controversie riguardanti il contratto per il quale si sospetti una *electio* tacita. La relazione Giuliano - Lagarde contempla, per la verità, anche questa ipotesi, ammettendo che possa svelare la conclusione di un *pactum de lege utenda* la scelta operata delle parti "del luogo in cui le controversie dovranno essere regolate mediante arbitrato", perlomeno quando le circostanze facciano presumere che l'arbitro "applicherà la legge del paese in cui tale luogo si trova". Di fatto, la scelta della sede dell'arbitrato può svelare l'inespressa volontà delle parti di collocare la sostanza del rapporto sotto l'impero della legge del paese della sede.

Le considerazioni svolte prima circa la reciproca autonomia delle clausole di *electio iuris* ed *electio fori* possono qui essere riproposte con ancora maggior forza. Le ragioni che inducono a fissare la sede dell'arbitrato in un certo paese piuttosto che in un altro sono, di per sé, del tutto diverse dalle ragioni che, razionalmente, dovrebbero portare le parti a preferire una certa legge invece di un'altra per configurare nella sostanza i rispettivi diritti ed obblighi. In più, il rilievo – tutt'altro che decisivo, come si è visto – per cui le parti potrebbero voler evitare l'applicazione di una legge diversa dalla *lex fori*, risulta chiaramente non trasponibile all'ipotesi dell'arbitrato, se è vero che gli arbitri, in quanto tali, non hanno un foro.

Va considerato, di contro, l'ampio movimento di delocalizzazione del fenomeno arbitrale cui si assiste da decenni nella prassi e nella legislazione dell'arbitrato commerciale internazionale: se è vero che i legami fra la giustizia arbitrale e gli ordinamenti statali perdono progressivamente di spessore, diviene sempre più difficile accettare con facilità l'idea che i contraenti possano aver voluto tacitamente ancorare il loro rapporto alla legge di un dato paese solo identificando per la soluzione delle loro liti un certo ancoraggio statale, espresso dalla scelta della sede del procedimento.

Vi è di più. L'equazione tra sede dell'arbitrato e legge applicabile al contratto non ha basi nella prassi arbitrale. Gli arbitri, quando si dispongono a risolvere un conflitto di leggi in materia di contratti, non privilegiano affatto l'applicazione della legge sostanziale del paese della sede, ma si rifanno a tutt'altre considerazioni⁴³.

⁴² V., per tutti, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7^a ed., Paris, 2013, p. 810.

⁴³ Sul tema, oggetto di una letteratura vastissima, basti qui richiamare, anche per ulteriori rinvii, T. de Boer, "Choice of Law in Arbitration Proceedings", in *Recueil des cours*, vol. 375 (2014), p. 201 ss.

33. In giurisprudenza, accanto a casi (in genere più risalenti) in cui i giudici hanno ravvisato con una certa liberalità in una clausola compromissoria un indizio della tacita volontà delle parti di scegliere come *lex contractus* la legge del paese della sede⁴⁴, si registrano pronunce caratterizzate da maggiore circospezione.

La High Court inglese, ad esempio, ha escluso la possibilità di inferire una scelta di legge tacita dalla circostanza che il contratto di cui si discute prefigurasse, in caso di lite, un procedimento arbitrale amministrato secondo le regole della American Arbitration Association: per un verso, ha osservato la Corte riferendosi alle peculiarità del caso di specie, la clausola si riferiva solo ad alcune delle controversie suscettibili di insorgere dal contratto e, per un altro verso, non prefigurando una connessione con un particolare Stato degli Stati Uniti, la clausola in parola difettava del grado di determinatezza richiesto ai fini del riscontro di una *electio iuris*⁴⁵.

34. Cambiando di scenario, appare infine problematica, sia pure per ragioni in parte diverse, l'invocazione di un accordo tacito di designazione della *lex contractus* ricavato dalla circostanza che le parti, giunte ormai di fronte al giudice, si siano entrambe richiamate, nelle loro difese, alla legge di un medesimo paese⁴⁶.

Il quadro appena descritto si verifica, in particolare, in situazioni che – secondo la pratica e la dottrina di certi paesi, come la Francia – integrano quello che si suole definire un “accordo procedurale”, cioè una convenzione volta a definire, in funzione di un particolare procedimento, il modo in cui debbono essere affrontate e decise determinate questioni, segnatamente la questione della legge applicabile al rapporto controverso. Nei paesi che conoscono queste pratiche, l'accordo procedurale serve fondamentalmente a ricondurre sotto la *lex fori* la cognizione di rapporti giuridici che, di per sé stessi (cioè in base alle regole di conflitto cui tali rapporti sono soggetti in via ordinaria), sarebbero disciplinati da una legge straniera. L'accordo si desume, allora, dal comportamento delle parti, e in particolare dal fatto che le parti abbiano preso posizione sul merito della lite servendosi di argomentazioni basate sulla legge del foro, di fatto ignorando il gioco delle regole di conflitto o rendendo comunque inoperante, nel procedimento, il richiamo da queste disposto.

35. Non è possibile tracciare, in questa sede, i caratteri salienti dell'accordo procedurale né spiegare in che senso e sotto quali profili tale istituto si discosti dalla *electio iuris*⁴⁷. È bene rilevare, semmai, che ai sensi dell'art. 3, par. 2, del regolamento Roma I, le parti possono accordarsi fra loro “in qualsiasi momento” per assoggettare il contratto “ad una legge diversa da quella che lo disciplinava in precedenza”, con la precisazione peraltro che la modifica, se “intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto”, non inficia la validità formale del contratto “e non pregiudica i diritti dei terzi”. Tale accordo può intervenire, secondo l'opinione prevalente, nel corso del giudizio (quanto meno entro una certa fase del procedimento), e può anch'esso, stando alla regola generale dell'art. 3, par. 1, secondo periodo, risultare tanto da una dichiarazione espressa quanto dalle circostanze.

Ciò detto, prima di affermare che il concorde richiamo delle parti alla legge di un certo Stato (quello del foro) segnala l'esistenza di una *electio* tacita, occorre poter dire – in base allo schema già illustrato – che tale concorde richiamo reca l'indizio di una volontà reale delle parti: la volontà di superare una precedente designazione (o il richiamo obiettivo operante sino a quel momento) e di sottoporre il rapporto a una certa legge (quella invocata nelle difese). Una conclusione possibile, questa, ma che non può essere oggetto di una facile e meccanica presunzione: vuoi perché i difensori delle parti (a cui è imputabile l'invocazione della legge in questione negli scritti difensivi) non sono necessariamente legittimati a modificare la sostanza del rapporto controverso; vuoi perché le difese spiegate nel processo sono, per natura e funzione, degli atti diversi da quelli deputati a veicolare la volontà negoziale dei contraenti (le prime *argomentano* e

⁴⁴ V. ad esempio *Egon Oldendorff v Libera Corporation (No. 1)* [1995] 2 Lloyd's Rep 64.

⁴⁵ *Travelers Casualty and Surety Company of Europe Ltd v Sun Life Assurance Company of Canada (UK) Ltd*, cit.

⁴⁶ In generale, sulla rilevanza rivestita dalla condotta processuale delle parti agli effetti della ricostruzione di una tacita *electio iuris*, v. M. PENADÉS FONS, *op. cit.*, p. 166 ss.

⁴⁷ Sull'accordo procedurale v. per tutti, B. FAUVARQUE-COSSON, “L'accord procédural à l'épreuve du temps”, in *Le droit international privé: esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 263 ss.

si rivolgono al giudice, i secondi *dispongono* e si indirizzano all'altra parte), vuoi infine perché le ragioni sottese all'invocazione di un certo diritto invece di un altro potrebbero non aver nulla a che vedere con la volontà di modificare la legge regolatrice del contratto (l'invocazione potrebbe riflettere, ad esempio, un'errata comprensione del problema internazionalprivatistico sotteso al caso di specie).

2. Il metro di valutazione degli indizi

36. Nel procedere alla rilevazione di una scelta tacita ai sensi dell'art. 3, par. 1, secondo periodo del regolamento Roma I, l'interprete deve dar prova di una cautela speciale, ancorando la propria indagine a riscontri rigorosi. Tre sono le direttive di fondo, collegate fra loro, a cui egli deve attenersi.

37. Per cominciare, al momento di fissare il *thema* della propria indagine, l'interprete deve ricordare che il suo compito, ai sensi dell'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento Roma I, si esaurisce – come detto – nella rilevazione di una scelta reale, solo non veicolata da parole. In questo senso, gli elementi che parlano della prossimità del contratto a un certo paese piuttosto che ad un altro non possono essere valorizzati in quanto tali. Vengono in rilievo, semmai, quando – sulla scorta di considerazioni attagliate al caso di specie e anch'esse suffragate da prove – emerga che le parti hanno *voluto* assoggettare il rapporto alla legge di un paese con cui il rapporto presenti, per l'appunto, un collegamento particolarmente stretto.

Va rammentato, sul punto, che le stesse norme di conflitto obiettive del regolamento (quelle operanti in mancanza di scelta) sono pensate, in generale, per ricondurre il contratto sotto la legge di un paese ad esso “vicino”. Sotto questo profilo, pertanto, la volontà di compiere una scelta di legge si rivelerà particolarmente chiara quando le parti abbiano inteso assoggettare il contratto alla legge di un paese con cui lo stesso *non* presenti un nesso particolarmente qualificato. Se davvero le parti hanno voluto convenire fra loro una *electio iuris*, è plausibile, infatti, che esse si siano accordate in questo senso per *scongiurare* l'esito prefigurato dalla pertinente norma obiettiva, piuttosto che per ribadirlo. Insomma, gli indizi che segnalano una tacita volontà delle parti di assoggettare il contratto alla legge che comunque lo regolerebbe in via obiettiva sono spesso indizi deboli, perché ambivalenti: anziché esprimere una volontà, essi potrebbero semplicemente segnalare o confermare la prossimità del contratto a un certo paese. Più consistenti, invece, sono gli indizi che mostrano come i contraenti si siano presi la briga di concludere un tacito *pactum de lege utenda* precisamente per sottrarsi a una norma di conflitto obiettiva ritenuta “sgradita”. Di fatto, se il *thema* di prova è costituito dalla reale volontà dei contraenti, risulterà più agevole dimostrare l'esistenza di un *pactum* che designi la legge di un paese che non ha nulla a che fare col rapporto, piuttosto che un *pactum* che si allinei alla soluzione dettata dal regime obiettivo.

38. La seconda direttiva sottesa all'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento, è quella che chiede al giudice di fondare la propria inferenza su una valutazione integrale e “libera” del materiale pertinente. L'accertamento della volontà delle parti deve cioè essere condotto alla luce dell'insieme degli indizi ammissibili e non dev'essere condizionato da precomprensioni o schematismi.

In fondo, come già detto più volte, si tratta di verificare se le parti si siano realmente accordate in ordine alla legge applicabile e, se sì, in che termini. Perché l'operazione sia efficace, è bene che l'interprete sia posto in immediato contatto con la concretezza della vicenda di cui trattasi: l'impiego di elementi presuntivi, che pretendano di fornire una chiave di lettura obbligata dell'intento dei contraenti o di delinearne la ricostruzione *astrattamente* preferibile, svierebbe il giudice dall'itinerario logico-ricostruttivo segnato dal regolamento.

Si rivela criticabile, sotto questo profilo, l'orientamento che – tentando nei fatti una inammissibile ricerca dell'accordo ipotetico delle parti – fa leva sul fatto che i contraenti, di fronte a un contratto prevalentemente collegato ad un dato paese, abbiano *omesso* di compiere una scelta in favore della legge di un *diverso* paese⁴⁸. Un ragionamento di questo genere, per il fatto stesso di prendere le mosse da una

⁴⁸ V. a questo riguardo *Gan Insurance Company Ltd. v The Tai Ping Insurance Company Ltd.* [2002] EWCA Civ 248.

ricostruzione non suffragata da un riscontro della volontà delle parti ma considerata in partenza “preferibile”, perché coerente alla obiettiva localizzazione del rapporto, si discosta dal percorso logico imposto dall’art. 3, par. 1, del regolamento, ostacolando la ricerca della volontà reale delle parti.

39. La terza direttiva, infine, riguarda lo spessore, ossia la forza persuasiva, che gli indizi raccolti dall’interprete devono presentare per essere legittimamente posti a fondamento della rilevazione di una *electio* tacita.

Un regime come quello del regolamento Roma I, dominato dal principio di autonomia e particolarmente sensibile alle ragioni della certezza, non consente di affermare a cuor leggero l’esistenza di un *pactum de lege utenda* là dove le parti abbiano omesso di rendere esplicita la propria volontà in proposito.

Oggi l’assunto è forse ancora più vero che in passato, visto che gli operatori del commercio internazionale, sempre più abituati a far uso delle norme del diritto internazionale privato dei contratti, non dovrebbero in sostanza avere difficoltà – se davvero lo vogliono – a rappresentarsi la possibilità di una scelta di legge e a compierla in modo esplicito, anziché affidarsi a un silenzio che l’interprete dovrebbe eventualmente considerare “eloquente”. In un’epoca di maturità degli scambi internazionali, il legislatore europeo dovrebbe verosimilmente avere meno motivi per “salvare” delle scelte non perfette, accontentandosi del fatto che siano genuine, e dovrebbe anzi ritenere sempre più plausibile che, se i contraenti hanno serbato il silenzio in ordine alla legge applicabile al rapporto, ciò riflette verosimilmente una loro rinuncia a concludere una *electio*, o la constatazione dell’impossibilità di addivenirvi.

40. Sta di fatto che, come detto, il regolamento Roma I è esplicito nello stabilire che l’interprete, prima di dire che il silenzio delle parti nasconde un accordo tacito sulla *lex contractus*, deve sincerarsi che gli indizi ricavabili dalle disposizioni del contratto e dalle circostanze conducano “chiaramente” a quest’esito ricostruttivo.

41. Il parametro della “chiarezza” trova oggi un riscontro inequivocabile in tutte le versioni linguistiche del regolamento. Sotto la convenzione di Roma, infatti, la rilevazione di una scelta tacita sembrava comportare l’impiego di parametri di rigore differente a seconda della lingua considerata⁴⁹. Nella versione italiana della convenzione, l’art. 3, par. 1, richiedeva, in caso di scelta tacita, che la volontà delle parti risultasse “in modo *ragionevolmente certo* dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze”, di fatto allineandosi al linguaggio usato, in particolare, nella versione inglese e tedesca della norma (“The choice must be ... demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case”; “Die Rechtswahl muss ... sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben”). Il lessico utilizzato era più liberale di quello accolto in altre versioni della disposizione, come quella francese, quella spagnola e quella portoghese (“Ce choix doit ... résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause”; “Esta elección deberá ... resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”; “Esta escolha deve ... resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa”).

Con l’adozione del regolamento, si è avuto cura di rendere omogeneo il tenore della norma, riportando tutte le versioni linguistiche alla più rigorosa delle formule ora ricordate; ciò anche al fine di rimediare agli sviluppi spesso divergenti registrati, sul punto, nella giurisprudenza degli Stati contraenti della convenzione di Roma⁵⁰. Così, mentre la versione francese continua ad esigere che la scelta emerga “de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause”, e la versione spagnola e quella portoghese seguitano ad impiegare espressioni che evocano un alto grado di certezza (“Esta elección deberá ... resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”; “A escolha deve ... resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do

⁴⁹ Sulle discussioni generate dalle discrepanze fra le versioni linguistiche e sul confronto sviluppatosi a questo proposito nel corso dei lavori che hanno portato all’adozione del regolamento, v. ampiamente M. PENADÉS FONTS, *op. cit.*, p. 58 ss., e M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, 2015, p. 294 ss.

⁵⁰ V. in proposito N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 234 ss.

caso”), le versioni inglese e tedesca – così come quella italiana, già riportata – accolgono oramai senza più temperamenti il parametro della chiarezza: “The choice shall be ... clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case”, e “Die Rechtswahl muss ... sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben”⁵¹.

42. La soglia della “chiarezza”, per quanto suscettibile di variare in qualche misura a seconda della sensibilità dell’interprete, può dirsi raggiunta quando, malgrado il silenzio delle parti, una persona ordinaria, informata delle disposizioni del contratto e delle circostanze, si senta di dire con certezza che i contraenti sono concordi nell’assoggettare il loro rapporto alla legge di un certo paese.

Il metro è sociale e va pertanto rapportato all’ambiente in cui si iscrive il contratto, potendo mutare a seconda che il rapporto di cui si discute intercorra, ad esempio, fra due imprese regolarmente impegnate in rapporti d’affari a carattere internazionale, fra due piccole imprese operanti perlopiù in ambito interno, o ancora fra un’impresa e un suo dipendente; oppure, ancora, a seconda del particolare settore in cui si iscrive l’operazione divisata dalle parti o dell’area geografica in cui queste ultime sono solite operare.

⁵¹ Il regolamento, unificando la resa linguistica del parametro della “chiarezza”, cerca di evitare il perpetuarsi delle difficoltà ricostruttive cui l’interprete risultava esposto, sotto la convenzione di Roma, anche in ragione della disparità delle formule impiegate allo stesso fine in altri strumenti di diritto internazionale privato uniforme, suscettibili di fornire – per analogia o per contrasto – qualche spunto ermeneutico. È da subito apparso chiaro agli studiosi, ad esempio, che la convenzione di Roma si accontentasse, in tema di *electio* tacita, di riscontri meno rigorosi di quelli imposti dalla convenzione dell’Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alla vendita di oggetti mobili corporali, il cui art. 2, par. 2, stabilisce che la designazione della legge regolatrice del contratto “doit faire l’objet d’une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat”. Più prossima alla soluzione accolta dalla convenzione di Roma risultava essere, invece, la formula impiegata nell’art. 5, par. 2, della convenzione dell’Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai contratti di intermediazione e alla rappresentanza, peraltro allineata in entrambe le sue versioni linguistiche al linguaggio liberale usato nella versione francese della convenzione di Roma (“This choice must be express or must be such that it may be inferred with reasonable certainty from the terms of the agreement between the parties and the circumstances of the case”; “Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause”). L’approccio flessibile sotteso alla convenzione dell’Aja del 1978 (e alla stessa convenzione di Roma, nella versione francese) ha peraltro suscitato le perplessità dei redattori di altri testi convenzionali di poco successivi, che si sono attestati su posizioni di maggior cautela. Così, l’art. 7, par. 1, della convenzione dell’Aja del 22 dicembre 1986 sulla legge applicabile ai contratti di compravendita internazionale di beni mobili impone all’interprete di ricercare una scelta “chiara” (“The parties’ agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety”; “L’accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble”), mentre l’art. 7, par. 1, della convenzione interamericana sulla legge applicabile ai contratti internazionali, fatta a Città del Messico il 17 marzo 1994, si spinge fino a prescrivere per la scelta tacita una dimostrazione di “evidenza” (“El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”; “The parties’ agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties’ behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole”).

EL RECONOCIMIENTO ¿UNA ALTERNATIVA AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?

RECOGNITION: AN ALTERNATIVE TO PRIVATE INTERNATIONAL LAW?

MATTHIAS LEHMANN

*Catedrático de Derecho privado y mercantil internacional y europeo
Director del Instituto de Derecho internacional privado y comparado
Universidad de Bonn, Alemania*

Recibido: 08.06.2016 / Aceptado: 14.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3258>

Resumen: En los últimos años la Comisión Europea ha planteado la propuesta de implementar una norma general que permita que los documentos e inscripciones en registros oficiales de un Estado Miembro de la Unión Europea sean reconocidos por los Tribunales y Autoridades públicas de los otros Estados Miembros. Esta denominada norma de reconocimiento trae consigo varias ventajas, entre ellas que permite evitar relaciones claudicantes, disminuye la burocracia y aumenta la seguridad jurídica entre los Estados miembros. Pero sobretodo, el mayor beneficio que aporta el reconocimiento es la posibilidad de reemplazar parcialmente el complejo método del Derecho internacional privado. En contraste, la iniciativa de que también se reconozcan automáticamente situaciones jurídicas que no hayan sido registradas en documentos públicos no parece viable.

Palabras clave: reconocimiento, documentos públicos, inscripciones en registros, armonización europea e internacional, Derecho internacional privado.

Abstract: In the past few years the European Commission has proposed to implement a rule that allows official documents and registrations in the official records of a EU Member State to be recognized by courts and public authorities of other Member States. This rule of recognition offers several advantages, including that it avoids limping relationships, reduces bureaucracy and increases legal certainty between Member States. Another benefit provided by this rule of recognition is the possibility of partially replacing the complex method of determining the choice of law. In contrast, the further suggestion to introduce a framework that automatically recognizes mere legal situations that have not been registered in public documents or registers does not seem viable.

Keywords: recognition, public documents, entries into public registers, European and international harmonization, Private international law.

Sumario: I. Introducción. II. Las ventajas del principio de reconocimiento. 1. Reducción de la burocracia. 2. Evitar relaciones claudicantes. 3. Aumento de la seguridad jurídica y de la estabilidad de las relaciones privadas. 4. Gestión de la diversidad. 5. Mejoramiento de la movilidad. 6. Evitar el complejo método del derecho internacional privado. 7. Aumento de la armonía internacional de

* Quiero agradecer a la Señorita Alba Leganés y a la Señora Diana Herrera por su ayuda con la traducción. También agradezco a las Profesoras Beatriz Campuzano Díaz y Ángeles Rodríguez Vázquez por sus útiles comentarios. Esta contribución fue presentada en el IV Seminario sobre cuestiones de actualidad en Derecho internacional privado en la Universidad de Sevilla el 10 de febrero de 2015. Una versión más amplia se ha publicado en inglés en el libro de Stefan Leible (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Kluwer Law International, 2016.

soluciones judiciales. 8. Lucha contra la discriminación. III. Reconocimiento automático de las situaciones jurídicas: ¿Una solución viable? 1. Obligaciones bajo una norma primaria de la UE. 2. Full faith and Credit 3. Las irregularidades del reconocimiento de situaciones jurídicas. IV. Hacia un deber general de reconocimiento de documentos públicos e inscripciones en los registros públicos. 1. El reconocimiento: ¿un Caballo de Troya para la ley de los Estados miembros? 2. Peligro de abuso. 3. Falta de garantías procesales. 4. Valoración diferente de los actos públicos extranjeros y los nacionales. 5. ¿Menos burocracia o una tiranía de documentos? 6. Posibilidad de documentos contradictorios. 7. El reconocimiento no abarca todos los casos. 8. Una división del sistema de conflictos entre casos intra-europeos y casos relacionados con terceros Estados. 9. ¿Falta de competencia de la UE? 10. ¿Posible interferencia con la armonización internacional? V. Conclusiones.

I. Introducción

Desde hace algunos años existe una discusión respecto a si las autoridades públicas y los Tribunales de los Estados miembros de la UE tendrían que reconocer situaciones jurídicas acordadas en documentos y registros oficiales de otro Estado miembro.¹ El debate se inició a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la ciudadanía europea y el derecho a la libre circulación. Según ésta una persona natural puede reclamar que un apellido concedido en un Estado miembro sea inscrito en el Registro de los demás Estados miembros,² de manera que las personas naturales puedan utilizar el

¹ Véase T. BALLARINO / L. MARI, 'Uniformita e riconoscimento – Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità Europea', *Rivista di diritto internazionale civile e processuale*, N° 89, 2006, p. 7 y ss.; J. BASEDOW, 'Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im internationalen Wirtschaftsverkehr', N. WITZLEB y otros (eds.), *Festschrift für Dieter Martiny Zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 243; S. BOLLÉ, 'L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale', *Revue critique de droit international privé*, N° 96, 2007, p. 307 y ss.; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 2ª ed., París, PUF, 2007, vol. 1, p. 613 y ss.; P. CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, París, Economica, 2004; D. COESTER-WALTEJN, 'Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?', H.P. MANSEL y otros (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, Sellier, 2004, p. 121 y ss.; D. COESTER-WALTEJN, 'Anerkennung im Internationalen Personen, Familien und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht', *IPRax*, N° 26, 2006, p. 392 y ss.; A. QUINONES ESCÁMEZ, 'Proposition pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple', *Revue critique de droit international privé*, N° 96, 2007, p. 357 y ss.; M. FONT I MAS (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014; K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009; M. GRÜNBERGER, 'Alles obsolet? Anerkennungsprinzip vs. Klassisches IPR', S. LEIBL (ed.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Jena, JWV, 2013, p. 81 y ss.; D. HENRICH, 'Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage', *IPRax*, N° 25, 2005, p. 422 y ss.; E. JAYME / C. KOHLER, 'Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?', *IPRax* N° 21, 2001, p. 501 y ss.; K. KROLL-LUDWIGS, 'Comment on ECJ Grunkin-Paul', *JuristenZeitung*, 2009, p. 153 y ss.; P. LAGARDE, 'Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d'unification: quelques conjectures', *RabelsZ*, N° 68, 2004, p. 225 y ss.; P. LAGARDE, 'La reconnaissance – mode d'emploi', *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, p. 479 y ss.; P. LAGARDE (ed.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, París, Pedone, 2013; J. LEIFED, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrecht des internationalen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010; V. LIPP, 'Namensrecht und Europarecht', *Das Ständesamt (StAZ)*, 2009, p. 1 y ss.; H.P. MANSEL, 'Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums', *RabelsZ*, N° 70, 2006, p. 651 y ss.; H.P. MANSEL, D. COESTER-WALTEJN, D. HENRICH Y C. KOHLER, 'Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission – Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern – KOM (2010) 747 endg.', *IPRax*, N° 31, 2001, p. 335 y ss.; P. MAYER, 'Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé', *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, p. 547 y ss.; M.D. ORTIZ VIDAL, 'Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: Hacia un nuevo derecho internacional privado', *Cuadernos de derecho transnacional*, N° 2, 2010, pp. 376; C. PAMBOKIS, 'La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance', *Revue critique de droit international privé*, N° 97, 2008, p. 514 y ss.; J. RIEKS, *Anerkennung im Internationalen Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2012; G.P. ROMANO, 'La bilateralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'états de personnes', *Revue critique de droit international privé*, N° 95, 2006, p. 457 y ss.; W. HENNING-ROTH, 'Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht', *IPRax*, N° 26, 2006, p. 338 y ss.; H.J. SONNENBERGER, 'Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode?', J. BERNREUTHER y otros (eds.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Múnich, Sellier, 2010, p. 371 y ss.; U. SPELLENBERG, 'Der EuGH und das internationale Namensrecht', *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber Amicorum Walter Pintens*, Cambridge, Intersentia, 2014, p. 1349 y ss.; R. WAGNER, 'Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsurkunden: Ein Patentrezept?', *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2011, p. 609 y ss.

² STJUE 09 marzo 1999, Centros, 212/97, *Rec.* 1999, I-1459; STJUE 05 noviembre 2002, *Überseering*, 208/00, *Rec.* 2002, I-1919; STJUE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, 167/01, *Rec.* 2003, I-10155.

mismo apellido en toda la Unión Europea.³ Pero el verdadero “impulsor” de la norma de reconocimiento fue la Comisión de la UE. En su Libro verde para la reducción de la burocracia del año 2010, la Comisión sugirió no sólo la necesidad de suprimir la legalización de documentos y la exigencia del reconocimiento de las inscripciones en el registro, sino que también planteó la posibilidad de que los Estados miembros se viesen forzados a reconocer situaciones jurídicas creadas en otros Estados miembros que no constasen en ningún registro o documento.⁴

2. Las reacciones a este planteamiento en los Estados miembros han sido, en general, hostiles. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido que hacer frente a duras críticas académicas a causa de sus decisiones.⁵ Por su parte, el informe de la Comisión incluso fue objeto de indignación pública. El rechazo fue especialmente fuerte en los Estados miembros que no aceptan los matrimonios homosexuales o las maternidades subrogadas, como por ejemplo Alemania.⁶ Dichos Estados temen que el principio de reconocimiento los obligue a aceptar estas instituciones jurídicas aunque no sean compatibles con los fundamentos de su derecho y su política en general. Consideran el reconocimiento como una especie de caballo de Troya, diseñado para irrumpir en su sistema jurídico nacional. La imagen que se forma en dichos países es la de una despiadada burocracia de Bruselas que sería capaz de hacer cualquier cosa para privar a los Estados miembros de sus valores cristianos.

3. Sin embargo, la propuesta de regulación que publicó la Comisión en 2013 no es más que un sutil recordatorio de su ambiciosa propuesta de 2010.⁷ La propuesta de 2013 se limita a la “aceptación” de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro. Los demás documentos no están previstos en ella. Simplemente se prescinde, en este contexto, de la necesidad de legalización. Más importante aún es que la propuesta no obliga a las autoridades de los Estados miembros a reconocer el contenido de los documentos extranjeros, puesto que este asunto se excluye expresamente de sus competencias.⁸ Así, las autoridades seguirán teniendo plena libertad respecto a los documentos expedidos por otros Estados miembros, ya que solo tienen que aceptar la existencia y autenticidad del documento aunque ignoren su contenido.

4. El repentino retroceso de la Comisión debería hacernos reflexionar por un instante. ¿Es el reconocimiento realmente una mala idea? ¿Sería perjudicial para la pluralidad de tradiciones y culturas de los Estados miembros? O por el contrario, ¿no sería útil en una sociedad europea moderna con libertad deambulatoria para sus ciudadanos?

5. En el presente artículo nos ocuparemos de estas preguntas. Inicialmente expondremos las ventajas del principio de reconocimiento (II). A continuación analizaremos si las situaciones jurídicas que no constan en un documento público o no están registradas oficialmente pueden ser objeto de re-

³ STJUE 30 marzo 1993, Konstantinidis, 168/91, *Rec.* 1993, I-1991; STJUE 02 octubre 2003, García Avelló, 148/02, *Rec.* 2003, I-11613; STJUE 14 octubre 2008, Grunkin-Paul, 353/06, *Rec.* 2008, I-7639.

⁴ European Commission, ‘Less bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records’, COM (2010) 747 final.

⁵ Ver, e.g., D. HENRICH, ‘Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage’, *IPRax*, N° 25, 2005, p. 422 y ss.; P. LAGARDE, nota en el caso “García Avelló”, *Revue critique de droit international privé*, N° 93, 2004, p. 196 y ss.; H.P. MANSEL, ‘Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums’, *RabelsZ*, N° 70, 2006, p. 705 y ss.; K. KOLL-LUDWIGS, Comentario a la STJUE en el caso Grunkin-Paul, *JuristenZeitung* 2009, p. 155.

⁶ Véanse los comentarios de la consulta de la Comisión, disponibles en: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/110510_en.htm (última visita 14 Noviembre 2014). Las críticas de Alemania fueron especialmente duras (véanse comentarios de H. GROSSMANN y de W. KRÄUSSLICH).

⁷ Comisión Europea, ‘Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the European Union and amending Regulation 1024/2012’, COM (2013) 228 final. Véase en relación con esta propuesta las contribuciones de M. FONT I MAS (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014; M. GUZMÁN ZAPATER, ‘La propuesta de Reglamento 2013/0119 relativa a la libre circulación de determinados documentos públicos en la Unión Europea’, *Revista General de Derecho Europeo*, N° 31, 2013.

⁸ Véase COM (2013) 228 final, p. 16, Art. 2 (2).

conocimiento de manera automática (III). Seguidamente discutiremos la posibilidad de introducir una obligación general de reconocimiento de las situaciones jurídicas que constan en documentos públicos o registros (IV). Finalmente, desarrollaremos una conclusión (V).

6. Para empezar, debemos hacer un par de aclaraciones. Lo primero es que este artículo se enfoca en las situaciones privadas, como las relaciones familiares u otros asuntos que se engloban dentro del derecho internacional privado. No nos ocuparemos del reconocimiento de actos administrativos como la aprobación de productos o la homologación de diplomas, puesto que el efecto transnacional de estos últimos ya ha sido determinado en gran parte por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como por ejemplo en el asunto *Cassis de Dijon*. Por lo tanto, este punto queda excluido del presente debate.⁹

7. El segundo punto que necesita una aclaración es qué entendemos por “reconocimiento”. De manera general, se puede decir que hay reconocimiento cuando una situación jurídica registrada en un documento o una inscripción tiene efectos en otro Estado sin que éste último identifique y controle el derecho aplicable a dicha situación jurídica. En otras palabras, el reconocimiento sirve, en cierta medida, como sustituto al método tradicional del derecho internacional privado. Con tal fin, la Comisión Europea realizó dos propuestas diferentes en su Libro verde de 2010. Primero, sugirió suprimir la *apostilla* y otros procedimientos de legalización de los actos extranjeros. De conformidad con esta propuesta, los Estados deberían aceptar que un órgano administrativo del Estado de origen sea el verdadero autor de un documento. En este caso, los Estados reconocerían la autenticidad del documento (*instrumentum*), sin que puedan exigir la entrega de textos adicionales que prueben su autenticidad. La segunda propuesta de la Comisión es aun más progresiva e interesante: según ésta los Estados miembros deben reconocer el contenido de un documento o una inscripción, es decir su *negotium*. Así, un Estado debería aceptar que una persona natural tenga el apellido que consta en un acto administrativo extranjero, sin necesidad de verificar cuál es el derecho aplicable al apellido o el contenido de éste derecho. Según el Libro verde del 2010, sería suficiente el hecho de que otro Estado miembro haya otorgado el apellido. Si se llevan a cabo estas dos propuestas, el reconocimiento tendría potencial para reemplazar el conflicto de leyes.

II. Las ventajas del principio de reconocimiento

8. Una vez aclarados estos aspectos del reconocimiento, procederemos a exponer los argumentos a favor y en contra de una norma general de reconocimiento en el derecho de la UE.¹⁰ Empezaremos con las ventajas, las cuales pueden clasificarse de la siguiente manera:

1. Reducción de la burocracia

9. La Comisión destaca en su Libro verde del 2010 que una norma general de reconocimiento podría dar lugar a la reducción de la burocracia a través de la supresión de los lentos y costosos trámites que supone la legalización. En la actualidad es necesaria una *apostilla* u otro tipo de legalización para probar la autenticidad de un documento en otro país miembro de la UE, cosa que se ve como un anacronismo de una era pasada. Una norma de reconocimiento podría modificar eso. Incluso se podría ir más allá e incluir las inscripciones en un registro electrónico que esté a disposición de los demás Estados

⁹ Sobre este tipo de reconocimiento véase en particular N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, Milán, Giuffrè, 2008.

¹⁰ El uso inconsistente del término “reconocimiento” ha sido objeto de crítica en la literatura, véase E. JAYME / C. KOHLER, ‘Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?’, *IPRax*, N° 21, 2001, pp. 501-502; H.J. SONNENBERGER, ‘Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode?’, J. BERNREUTHER y otros (eds), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Múnich, Sellier, 2010, p. 374; U. SPENNINGBERG, ‘Der EuGH und das internationale Namensrecht’, *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber Amicorum Walter Pintens*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 1367-1368.

miembros.¹¹ De esta manera, las situaciones jurídicas en toda la Unión Europea pueden ser determinadas con un simple clic. Sin duda, este tipo de centralización y desregularización serían de gran ayuda para la eficacia jurídica.

2. Evitar relaciones claudicantes

10. El reconocimiento de los actos y las situaciones legales creadas en otro de los Estados miembros es muy importante no sólo para la reducción de la burocracia, sino porque le ayudaría a los particulares en circunstancias complejas causadas por discrepancias entre dos Estados que consideren una situación jurídica diferente. Esto podría tener serias repercusiones. La más drástica de ellas es la llamada “relación claudicante”. Es decir, una relación legal que es considerada válida en un Estado pero en otro no.¹² Un par de ejemplos pueden ilustrar mejor la situación: una pareja se ha divorciado ante las autoridades de un país, por lo que el divorcio se considera válido allí. Sin embargo, puede que en otro país el divorcio no tenga efectos legales y el matrimonio siga intacto. Lo mismo sucedería en el caso de una adopción, que podría ser totalmente válida en un Estado aunque no tendría ningún efecto en otro. En ambas situaciones no hay duda alguna de que las consecuencias para los individuos afectados pueden ser desastrosas: en el primer caso, si uno de los cónyuges volviese a casarse podría ser acusado de poligamia en el país que no ha considerado válido el divorcio; en el segundo caso, el hijo adoptivo podría perder todos los derechos de manutención frente al padre que se muda a un país que no considera válida la adopción.

11. La tendencia moderna en el derecho internacional privado es evitar tales resultados a través de una norma de reconocimiento.¹³ Dicha tendencia se vería reforzada con la aplicación de una norma de reconocimiento en la UE que sería obligatoria para todos sus Estados miembros. Los beneficiados serían los ciudadanos, especialmente aquellos que disponen de doble o múltiples nacionalidades o quienes viven en el extranjero. A efectos prácticos, su vida no sería tan complicada en el evento de un conflicto entre diferentes leyes y jurisdicciones.

3. Aumento de la seguridad jurídica y de la estabilidad de las relaciones privadas

12. Otro argumento en pro de la norma de reconocimiento sería que ésta contribuiría a elevar el nivel de seguridad jurídica, mejorando así la previsibilidad y la fiabilidad.¹⁴

13. La seguridad jurídica es un aspecto de especial importancia dentro de un Estado de derecho, que puede estar en juego en la UE.¹⁵ Los individuos que se mudan de un país a otro eventualmente se verían obligados a hacer frente a diferentes problemas, porque existe la posibilidad de que cada uno de los Estados miembros trate su situación jurídica de manera diferente. El reconocimiento favorecería la seguridad jurídica en tanto que la situación legal documentada o registrada en un Estado no podría ser

¹¹ Véase COM (2010) 747 final, p. 9 y COM (2013) 228 final, p. 19, Art. 8 et seq, relativos a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interno establecido en el Reglamento (UE) n° 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI»), OJ L 316, de 14 de noviembre de 2012, p. 1. La Comisión propone usar este sistema en caso de duda razonable sobre la autenticidad de documentos públicos.

¹² Véase K. BOELE-WOELKIE, ‘Private International Law Aspects of Registered Partnerships and Other Forms of Non-Marital Cohabitation in Europe’, *Louisiana Law Review*, N° 6, 2000, p. 1055; F.K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 225.

¹³ Véase G.P. ROMANO, ‘La bilateralité éclipse par l’authorité. Développements récents en matière d’états de personnes’, *Revue critique de droit international privé*, N° 95, 2006, p. 503.

¹⁴ D.COESTER WALTEIN, ‘Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?’, H.P. MANSSEL y otros (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, Sellier, 2004, p. 123.

¹⁵ Ver F.A. VON HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944.

cuestionada en el extranjero. Las personas podrían, por lo tanto, confiar en dicha situación y predecir con certeza el comportamiento que tendrían las autoridades y tribunales extranjeros.

14. Adicionalmente, el reconocimiento fomentaría las relaciones privadas, haciéndolas más estables.¹⁶ Por ejemplo, otros Estados miembros no podrían rechazar un nombre que ha sido dado en el Estado A o una inscripción efectuada en el registro mercantil del Estado B. Las relaciones privadas, una vez creadas, adquieren sentido permanente.

15. Ahora bien, eso no quiere decir que dichas relaciones no puedan ser modificadas nunca más. Pero el estado de una persona, sea natural o jurídica, no se vería alterado sólo por el hecho de que ésta se mueva de un país a otro.¹⁷ En comparación con el derecho internacional privado, el reconocimiento tiene la ventaja de que evita el uso de factores de conexión que pueden cambiar con el tiempo, tales como la residencia habitual, que se usa con frecuencia en los conflictos de leyes. El reconocimiento fija la relación con un punto de referencia: el documento o inscripción que registra una situación jurídica. La estabilidad y permanencia resultantes evitarían relaciones claudicantes, teniendo repercusiones positivas en la seguridad jurídica.

4. Gestión de la diversidad

16. Si se introdujera una obligación general de reconocimiento, el efecto de los documentos y de las inscripciones en registros ya no se limitaría a las fronteras de cada uno de los Estados miembros, sino que tendría efecto extraterritorial; es decir, se extendería por todos los Estados miembros. Por lo tanto, los documentos y registros podrían tener aplicación independientemente de la ley del Estado que los haya expedido. En este sentido, la obligación de reconocimiento permite preservar la diversidad de las culturas jurídicas nacionales existentes en Europa. Esto ha sido denominado la clave política para la introducción de una obligación general de reconocimiento.¹⁸ Claramente este método está ganando adeptos, como se puede observar en diferentes actos de la Unión, que ya aceptan el reconocimiento en otras áreas. En el ámbito del derecho de familia y de sucesiones parece ser bastante útil. Un acercamiento de las normas sustantivas en esta materia sería poco realista, dada la diversidad de tradiciones nacionales. Pero si las autoridades de un Estado aceptan los actos públicos de otro Estado sin ser cuestionados en otras partes de la UE, no habría necesidad de más discusión sobre este punto. La UE podría seguir viviendo con su diversidad de normas, aun cuando sus ciudadanos se vuelvan cada vez más móviles. El reconocimiento es una alternativa viable a la armonización.

5. Mejoramiento de la movilidad

17. La Comisión Europea espera que la disminución de la burocracia, así como el aumento de la seguridad jurídica y de la estabilidad que generaría una norma de reconocimiento, mejoren la movilidad en la UE.¹⁹ De hecho, se podría esperar que los trabajadores, inversores y pensionistas estén más dispuestos a mudarse a otro país si las autoridades de este último aceptaran, sin complicaciones burocráticas, los certificados y otros documentos oficiales o permisos emitidos por el Estado de origen. En particular los ciudadanos de la UE y las libertades que se les atribuyen – la de circulación y la de residencia – parecen

¹⁶ Este punto es resaltado por P. LAGARDE, 'Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d'unification: quelques conjectures', *RabelsZ*, N° 68, 2004, p. 231.

¹⁷ Véase G.P. ROMANO, 'La bilateralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'états de personnes', *Revue critique de droit international privé*, N° 95, 2006, p. 515.

¹⁸ M. GUZMÁN ZAPATER, 'La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea', M. FONT I MAS (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch editor, 2014, p. 108.

¹⁹ COM (2010) 747 final, p. 1.

exigir la abolición de tales requisitos.²⁰ Eso puede apreciarse especialmente en el caso de las consecuencias negativas y potencialmente desastrosas que las relaciones claudicantes tendrían sobre la seguridad jurídica. Por lo tanto, no es del todo inverosímil que la Comisión sostenga que un principio general de reconocimiento daría lugar a una libertad de movimiento más amplia dentro de la UE y permitiría que los ciudadanos europeos ejercieran ese derecho plenamente.²¹ Podríamos añadir que mientras los documentos oficiales de un país aún necesitan un sello especial para que tengan efecto en otro país, difícilmente se alcanzará “el espacio de libertad, seguridad y justicia” que la UE se esfuerza por conseguir.

6. Evitar el complejo método del derecho internacional privado

18. Otro inconveniente a los ojos de la UE está en la manera en que se tratan los conflictos de leyes. Se ha argumentado que para muchos ciudadanos el razonamiento del derecho internacional privado es complicado, requiere mucho tiempo y recursos y puede resultar frecuentemente impredecible.²² Además, una vez que un derecho extranjero se ha identificado como aplicable, el tribunal llamado a aplicarlo puede cometer errores.

19. El reconocimiento de actos jurídicos por parte de otros Estados miembros resolvería todos esos problemas de una sola vez. Este facilitaría la resolución de litigios porque hace innecesaria la aplicación de normas de conflicto de leyes y de normas sustantivas extranjeras.²³ La determinación de la situación jurídica sería transferida a las autoridades del Estado miembro que regula dicha situación. Para cualquier Estado miembro es mucho más fácil aplicar su propia legislación que la de otro Estado, puesto que la conoce bien, tiene todos los recursos disponibles, domina el idioma y tiene mucha más experiencia al respecto. Es decir, se encuentra en una posición mucho más competente que cualquier autoridad o tribunal extranjero para aplicar su legislación. ¿Por qué no confiar en ellos? Se podría decir que este argumento es un poco simplista puesto que las autoridades del Estado de origen tienen que seguir las reglas del conflicto de leyes. Sin embargo, en muchos casos el resultado de la aplicación de la norma de conflicto de leyes sería la aplicabilidad del derecho del foro.

7. Aumento de la armonía internacional de soluciones judiciales

20. Una norma general de reconocimiento evitaría juicios y valoraciones divergentes en Estados diferentes. Aunque su aplicación supondría apartarse del clásico método de la elección de la ley, serviría paradójicamente para avanzar hacia la consecución de su objetivo, que es la “armonía internacional de soluciones judiciales”.²⁴ Según *F.K. von Savigny*, el fundador del derecho internacional privado moderno, una misma relación privada debería ser tratada de la misma forma en diferentes Estados.²⁵ La norma de reconocimiento no conseguiría este objetivo imponiendo indirectamente a los diferentes Estados el mismo proceso de determinación de la ley aplicable, sino de una manera más directa, obligándoles a aceptar la decisión tomada por las autoridades de otro Estado. En este sentido, se alcanzaría el objetivo

²⁰ Véase Art. 20 TFUE. COM (2010) 747 final, p. 6. En el mismo sentido W.H. ROTH, ‘Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht’, *IPRax*, N° 26, 2006, p. 344.

²¹ Implícitamente COM (2010) 747 final, p. 6. En el mismo sentido WH ROTH, ‘Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht’, *IPRax* 2006, núm 26, p. 344.

²² P. LAGARDE, ‘Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d’unification : quelques conjectures’, *RabelsZ*, N° 68, 2004, p. 227.

²³ D. COESTER WALTER, ‘Das Anerkennungsprinzip im Dormröschenschlaf?’, H.P. MANSEL y otros (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, Sellier, 2004, p. 123.

²⁴ En la historia de la armonía decisiva ‘*Entscheidungseinklang*’, ‘*harmonie des solutions*’, véase F.K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, London, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 39 (idea calcada de la época medieval).

²⁵ F. VON SAVIGNY, *System des Heutigen Römischen Recht*, vol. 8 (Veit und Comp., Berlín 1849); Traducción inglesa: *A Treatise on the Conflict of Law*, 2nd ed. 1880, transl. Guthrie, reprint Rothman 1972) § 348.

del derecho internacional privado de manera más eficaz que mediante las normas de armonización de conflictos de leyes. La norma de reconocimiento permite evitar todos los costos generados por los conflictos judiciales y las complicaciones que pueden sufrir las relaciones diplomáticas.

8. Lucha contra la discriminación

21. Finalmente, para algunos autores²⁶ sigue viva la esperanza de que una norma general de reconocimiento también pueda acabar con la discriminación. Ciertos sistemas legales aplican diferentes normas de derecho internacional privado a las relaciones entre personas homosexuales y heterosexuales. Por ejemplo, Alemania somete la validez y los efectos de una relación entre personas del mismo sexo al país en el que esta relación está registrada, mientras que a los matrimonios entre hombres y mujeres se aplican normas de conflicto de leyes mucho más diversas.²⁷ Según estos autores, el reconocimiento podría servir para superar tales diferencias, dado que éste se aplicaría de manera igual tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales.

22. Sin embargo, hay que tener cuidado a la hora de hablar de discriminación en este contexto. La distinción entre parejas heterosexuales y homosexuales a nivel de conflictos de leyes tiene sentido, puesto que las parejas heterosexuales producen, por lo menos actualmente, efectos muy diferentes bajo las leyes nacionales. A causa de esas diferencias, parece plausible someter la validez y los efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo a la ley del país donde se registraron. Respecto a éstas sólo se podría adoptar una regla de conflicto de leyes idéntica o parecida, cuando los efectos de los matrimonios homosexuales fuesen más o menos iguales en todos los Estados.

III. Reconocimiento automático de las situaciones jurídicas: ¿Una solución viable?

23. Acabamos de presentar las ventajas de una norma general de reconocimiento. Es el momento de centrarnos en los argumentos en contra de tal norma. A este efecto, debemos distinguir entre el reconocimiento de documentos e inscripciones por un lado, y el de situaciones jurídicas por el otro. Una parte de la literatura, inspirada por el TJUE,²⁸ sugiere que la UE debería introducir una norma de reconocimiento respecto de las situaciones jurídicas creadas en otro Estado miembro, sin que sea necesario que estas situaciones sean registradas en un documento o inscritas en un registro oficial. Según estos autores, las situaciones jurídicas se podrían reconocer cuando existan o sean aceptadas por otro Estado miembro. La Comisión Europea también ha plasmado tal idea en el ya mencionado Libro Verde del 2010.²⁹ Estas situaciones jurídicas pueden presentarse de muchas formas diferentes, como por ejemplo los matrimonios polígamos, las parejas del mismo sexo o los nombres diferentes de personas naturales. La pregunta es si esas situaciones jurídicas pueden ser tratadas de manera diferente bajo las reglas generales de la elección de la ley aplicable, o si deben ser simplemente reconocidas.

1. Obligaciones bajo una norma primaria de la UE

24. La cuestión fue planteada por primera vez por el TJUE. En una serie de sentencias, a empezar con los juicios “García Avello” y “Grunkin-Paul”, el Tribunal estableció que los Estados miembros

²⁶ Ver en particular M GRÜNBERGER, ‘Alles obsolet? Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR’, in S Leible (ed.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Jena, JWV, 2013, pp. 149-152.

²⁷ Véase por ej. la ley alemana: art. 13 y ss. y art. 17b EGBGB, que limita los efectos de las uniones (en términos prácticos en su mayoría homosexuales), las cuales no pueden tener más efectos que las parejas de hecho bajo la ley alemana.

²⁸ Véase p. ej. P. LAGARDE, ‘Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d’unification: quelques conjectures’, *RabelsZ*, N° 68, 2004, p. 228 y ss.; D. COESTER-WALTEJN, ‘Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?’, H.P. MANSEL y otros (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, Sellier, 2004, p. 122 y ss.

²⁹ COM (2010) 747 final, p. 14.

tienen que reconocer determinadas situaciones jurídicas creadas por diferentes Estados. Estas decisiones se refieren a los nombres de las personas naturales y se basan en el derecho a la libre circulación y de residencia³⁰ de los ciudadanos europeos en cualquier territorio de los Estados que forman parte de la UE.³¹ Sin embargo, ahora es muy posible que el mismo razonamiento se extienda por analogía a otras libertades.

25. Si bien el TJUE usó la palabra “reconocimiento” en estos juicios, el sentido del término para el Tribunal no es el mismo que tiene en el presente artículo.

26. Específicamente, el Tribunal no obliga a los Estados miembros a dejar a un lado el método de conflicto de leyes en favor de un método de reconocimiento. Simplemente pide a los Estados que lleguen a un resultado que sea compatible con las libertades que dispone el TJUE y sus precursores, sin prescribir cómo deben llegar a tal resultado. Técnicamente los Estados miembros pueden garantizar esa compatibilidad de manera diferente mediante la introducción de una norma de reconocimiento, un cambio en su derecho sustantivo o a través de la reforma de sus reglas de conflictos de leyes. Por ejemplo, en el caso “Grunkin-Paul”,³² Alemania podría haber introducido una norma de reconocimiento en su derecho procesal, pero también habría podido permitir el doble apellido del niño en su derecho sustantivo o utilizar el nacimiento como punto de conexión en su derecho internacional privado. Cada una de estas soluciones habría satisfecho las exigencias del Tribunal de Justicia.³³

27. Por consiguiente, se puede concluir que a pesar de la exigencia impuesta por el TJUE de que los Estados miembros den validez a las situaciones jurídicas creadas en otros Estados, una norma de reconocimiento es sólo una manera de cumplir con esta obligación. Por lo tanto, el derecho primario de la UE no requiere necesariamente el reconocimiento directo de las situaciones jurídicas. Una posible alternativa sería armonizar los sistemas de derecho internacional privado para que abarquen cuestiones como el uso del mismo apellido en los diferentes Estados miembros.

2. *Full faith and Credit*

28. Lo dispuesto anteriormente no excluye el hecho de que el mejor camino a seguir es establecer una obligación de reconocimiento de las situaciones jurídicas creadas en otros Estados miembros.

29. Aunque el derecho primario no contiene una obligación de este tipo, como hemos visto, se podría introducir en el derecho derivado. Por lo tanto, se deben discutir abiertamente los pros y los contras de una reforma de este tipo.

30. La introducción legal de las situaciones jurídicas como objeto de reconocimiento supone cambios. Esto se vuelve especialmente claro si se compara el derecho de la Unión Europea con el de los EE.UU. La Constitución estadounidense prevé en su artículo IV apartado 1 una cláusula de plena fe y crédito (*Full faith and Credit Clause*), que ha existido desde el siglo XVIII y que exige a los Estados

³⁰ Véase Art. 49 TFUE.

³¹ Véase Art. 21 TFUE.

³² En el cual un matrimonio de ciudadanos alemanes, el señor Grunkin y la señora Paul, solicitan que su hijo común, originariamente registrado en Dinamarca con el apellido “Grunkin-Paul”, sea inscrito también en Alemania con este apellido. Las autoridades alemanas rechazaron dicha solicitud con el argumento de que, según el DIP alemán, el hijo debía ser inscrito o con el apellido Grunkin o con el apellido Paul, de acuerdo con lo establecido en la legislación alemana aplicable al caso, por tener el niño nacionalidad alemana. Sobre esta sentencia, véase M. LEHMANN, ‘What’s in a Name? Grunkin-Paul and Beyond’, A. BONOMI y P. VOLKEN (eds.), *Yearbook of Private International Law*, N° 10, 2009, pp. 159-161.

³³ H.P. MANSEL, *RabelsZ*, N° 70, 2006, p. 651, 677-682; H.P. MANSEL, K. THORN y R. WAGNER, *IPRax*, N° 30, 2011, p. 6; K. KROLL-LUDWIGS, comentario del TJUE en el caso Grunkin- Paul, *JuristenZeitung*, 2009, p. 155; V. LIPP, ‘Namensrecht und Europarecht’, *Das Standesamt (StAZ)*, 2009, p. 1, 8; W.H. ROTH, ‘Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht’, *IPRax*, N° 26, 2006, p. 343.

federales que respeten “los actos públicos, registros y procedimientos judiciales” de los otros Estados.³⁴ Una cláusula parecida sería muy útil también en la UE. Pero la Comisión Europea quiere ir más allá. Lo que se propone introducir en el derecho europeo no solamente es una obligación de dar plena fe y crédito a los documentos públicos y los registros de otros Estados miembros, sino también reconocer las situaciones legales que no han sido registradas.

31. Lo que quiere la Comisión se parece mucho más a la llamada teoría de los derechos adquiridos (“*vested rights*”).³⁵ Esta teoría, desarrollada en Inglaterra por *Dicey* y en los EE.UU por *Beale*, sostiene que los derechos adquiridos legalmente en un Estado deberían ser respetados por los demás.³⁶ Pero aunque la idea influyó en el primer “*Restatement*” de conflicto de leyes publicado en 1935, se descartó pronto.³⁷ El problema con la teoría radica en determinar si los derechos son “adquiridos” o no. Esta determinación presupone la necesidad de identificar la ley aplicable y verificar si el derecho ha sido adquirido de conformidad con esta ley. La teoría de los derechos adquiridos, por tanto, no evita un análisis del conflicto de leyes. No es otra cosa que un método de conflicto de leyes muy rudimentario porque usa un único punto de conexión que vincula superficialmente una situación legal con cierto Estado. Respecto de los contratos, por ejemplo, la teoría de los derechos adquiridos daría lugar a la aplicación de la ley del país donde el contrato se haya celebrado. Este punto de conexión es descartado actualmente - con buenas razones - por la mayoría de reglas de conflicto, ya que el lugar de la contratación es a menudo fortuito y difícil de determinar.

32. Por supuesto, es técnicamente posible reformular la teoría de los derechos adquiridos para hacerla más precisa. Por ejemplo, en lugar de solicitar a un Tribunal la determinación de la ley aplicable a los matrimonios, se podría requerir que se reconozcan alianzas contraídas en virtud de la ley de otro Estado miembro. Pero esto ya demuestra que lo que la teoría propone en realidad es una norma de conflicto encubierta. Su adopción no disminuiría ni un ápice el tiempo o esfuerzo invertido en la solución de controversias.

33. La teoría de los derechos adquiridos, por lo tanto, sólo introduce el conflicto de leyes con otro nombre. No ayudaría a Europa con la reducción de la burocracia. Por el contrario, significaría un paso atrás en la evolución del conflicto de leyes a una teoría que ha sido vencida por buenas razones.

3. Las irregularidades del reconocimiento de situaciones jurídicas

34. Adicionalmente, si los Estados miembros estuviesen obligados a reconocer las situaciones jurídicas creadas en otro Estado miembro, se plantearían una serie de preguntas adicionales. En primer lugar, habría que determinar con precisión los actos privados que gozarían de reconocimiento. La adopción, las sociedades, el matrimonio, serían algunos de ellos. Pero ¿Qué pasa por ejemplo con los derechos y obligaciones derivadas de una asociación? ¿Cómo tratar a las parejas homosexuales? Y

³⁴ Artículo 4, Sección I de la Constitución de los Estados Unidos.

³⁵ En la teoría de los derechos adquiridos de los EE.UU, véase J.K. BEACH, ‘Uniform Interstate Enforcement of Vested Rights’, *Yale Law Journal*, N° 27, 1918, p. 656; E.E. CHEATHAM, ‘American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility’, *Harvard Law Review*, N° 361, 1944-1945, p. 379 y ss.

³⁶ Véase A.V. DICEY, *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws*, 1869; J. H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 1916, p. 105. En la historia de la teoría véase K.H. NADELMANN, *Some Historical Notes on the Doctrinal Sources of American Conflict of Laws* en *Conflict of Laws: International and Interstate*, Nijhoff 1972, p. 1 y ss.

³⁷ Las insuficiencias de la teoría de los derechos adquiridos desde la perspectiva europea, véase H. MUIR WATT, ‘Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis’, *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 425; H. J. SONNENBERGER, ‘Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode?’, J. BERNREUTHER y otros (eds), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, München, Sellier, 2010, pp. 376-377; D. BUREAU y H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 2ª ed., Paris, PUF, 2007, vol. 1, p. 615. Desde la perspectiva americana véase E.E. CHEATHAM, ‘American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility’, *Harvard Law Review*, N° 58, 1945, p. 379 y ss.; W. M. RICHMAN y D. RILEY, ‘The First Restatement of Conflict of Laws on the Twenty-Fifth Anniversary of Its Successor: Contemporary Practice in Traditional Courts’, *Maryland Law Review*, N° 56, 1997, p. 1196 y ss.

¿qué decir de una obligación derivada de un enriquecimiento injusto? Estas cuestiones muestran que el término “situación jurídica” es muy amplio e incierto. Lo que es o no una “situación jurídica” tendría que ser determinado de acuerdo con alguna ley nacional. La obligación de reconocer cualquier tipo de situación existente en el derecho de otro Estado miembro resulta, en esencia, una enorme e inquietante mezcla de sistemas jurídicos.

35. Todo esto demuestra que las situaciones jurídicas como tal no son un tema adecuado de reconocimiento.³⁸ Son demasiado indeterminadas para ser reconocidas por sí mismas. El reconocimiento necesita un punto de referencia donde las relaciones privadas se hayan “cristalizado” para que puedan ser debidamente reconocidas por otros sistemas jurídicos, tal como lo ha determinado correctamente *P. Mayer*. Sin ese punto de referencia se arriesgaría un caos jurídico.

IV. Hacia un deber general de reconocimiento de documentos públicos e inscripciones en los registros públicos

36. Mientras las situaciones jurídicas como tales no son adecuadas como base para el reconocimiento, no pasa lo mismo con los documentos públicos e inscripciones en registros públicos. Estos últimos no son simplemente situaciones de hecho sino que están elaborados por las autoridades públicas como órganos administrativos o notariales y contienen información sobre hechos o normas dirigidas específicamente a los individuos. En este sentido, “cristalizan” una situación jurídica, aun más, la “oficializan”. Por lo tanto, los particulares tienen todas las razones para fundamentar su comportamiento y sus predicciones sobre el futuro en los actos de las autoridades públicas. En principio estas personas deberían estar protegidas por una norma general de reconocimiento de estos actos. ¿Entonces por qué estar en contra de dicha norma?

1. El reconocimiento: ¿un caballo de Troya para la ley de los Estados miembros?

37. El argumento más importante de los opositores al reconocimiento es la debilitación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, porque éstos se verían obligados a aceptar instituciones jurídicas desconocidas por su legislación y posiblemente contrarias a sus valores y políticas.³⁹ Los ejemplos más frecuentes son las uniones civiles y matrimonios del mismo sexo, así como las maternidades subrogadas.⁴⁰ Otro problema menos conocido es el matrimonio póstumo, que es aceptado en algunos Estados miembros, pero en otros no.⁴¹

38. Para disipar esas dudas, hay que subrayar que la existencia de una norma de reconocimiento no significa que ésta no pueda tener excepciones. Tales excepciones podrían presentarse de diversas maneras.⁴² El alcance de la norma podría limitarse ya sea mediante la exclusión de ciertas áreas, como los

³⁸ En el mismo sentido J. BASEDOW, ‘Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im internationalen Wirtschaftsverkehr’, en N. WITZLEB y otros. (eds), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 248; H.P. MANSEL, ‘Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums’, *RebelsZ*, N° 70, 2006, p. 716.

³⁹ M. GUZMÁN ZAPATER, ‘La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea’, en M. FONT I MAS (ed), *El documentos público extranjero en España y en la Unión Europea*. Barcelona, Bosch, 2014, p. 110.

⁴⁰ Véase D. HEINRICH, ‘Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage’, *IPRax*, N° 25, 2005, p. 424; R. WAGNER, ‘Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsurkunden: Ein Patentrezept?’, *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2011, p. 613.

⁴¹ H.P. MANSEL, D. COESTER-WALTEJN, D. HEINRICH y C. KOHLER, ‘Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission – Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern’ – KOM (2010) 747 endg., *IPRax*, N° 31, 2011, p. 339.

⁴² Véase D. COESTER-WALTEJN, ‘Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht’, *IPRax*, N° 26, 2006, p. 398 y ss.; sobre la posibilidad de invocar la excepción de orden público, véase D. HEINRICH, ‘Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage’, *IPRax*, N° 25, 2005, p. 424; R. WAGNER, ‘Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsurkunden: Ein Patentrezept?’, *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2011, p. 613.

mencionados matrimonios homosexuales o la maternidad subrogada, o mediante la posibilidad de que los países miembros utilicen la excepción de orden público en contra de estas situaciones.⁴³ El primer método es la limitación del alcance de la norma. Este tiene la ventaja de proporcionar una definición clara de las áreas en las que el reconocimiento es obligatorio ya que los casos en los que los Estados miembros pueden rechazar el reconocimiento serían enumerados. El segundo método proporcionaría más libertad, pero corre el riesgo de debilitar la norma general de reconocimiento. Una solución intermedia sería permitir a los Estados miembros recurrir al orden público para definir una excepción en determinados casos, como por ejemplo en aquellos que sean incompatibles con su noción de matrimonio. Esta norma tiene la ventaja de ser precisa y permite al mismo tiempo que se aparten de la regla sólo aquellos Estados que tienen problemas con una determinada institución jurídica.

2. Peligro de abuso

39. Un argumento importante en contra de la norma de reconocimiento es que ésta abre la posibilidad de prácticas abusivas. Los particulares podrían solicitar un documento en el extranjero con la única finalidad de eludir la legislación de su Estado de origen.⁴⁴ Por ejemplo, una mujer podría viajar a otro país y dar a luz allí solamente con el propósito de obtener para su hijo el registro de un nombre específico que no puede elegir en su país de residencia. De conformidad con la norma de reconocimiento, el país donde la familia tiene su residencia estaría obligado a reconocer el nombre del bebé que ha sido registrado en el otro país de la Unión.⁴⁵ Se teme que esto sería el inicio de una ola de “*turismo documental*” para los Estados miembros que toman una postura más liberal en cuestiones como la del nombre.

40. El peligro de abuso podría ser contrarrestado con el uso de la excepción del fraude a la ley.⁴⁶ Sin embargo, esta excepción tiene como efecto la disminución de la seguridad jurídica y es difícil de aplicar en la práctica. Una manera más eficiente de lograr resultados predecibles sería la imposición de una condición previa para el reconocimiento. Esta condición podría ser la existencia de cierto vínculo entre las partes interesadas y el Estado cuyas autoridades han emitido un documento o han realizado una inscripción en un registro. Por ejemplo, se podrían reconocer solamente documentos e inscripciones realizadas en el Estado en el que las partes tengan su residencia habitual o del que sean nacionales. Otro posible vínculo podría ser el lugar de nacimiento. La introducción de un vínculo de este tipo impediría los viajes a otros Estados con el fin de recibir beneficios legales que no podrían obtenerse de otra manera.

3. Falta de garantías procesales

41. Sin embargo, algunos autores se oponen a la idea de que los documentos públicos e inscripciones en registros sean vinculantes para los tribunales extranjeros.⁴⁷ Estos autores subrayan que los

⁴³ D. COESTER-WALTEJN, ‘Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht’, *IPRax*, N° 26, 2006, p. 398. En el mismo sentido H.P. MANSEL, D. COESTER-WALTEJN, D. HENRICH y C. KOHLER, ‘Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission – Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsunterlagen erleichtern – KOM(2010) 747 endg.’, *IPRax*, N° 31, 2011, pp. 339-340. Si los acuerdos de maternidades subrogadas fueran excluidos, sería necesario indicar en la partida de nacimiento si la maternidad subrogada está basada en un acuerdo o en el nacimiento, véase H.P. MANSEL, D. COESTER-WALTEJN, D. HENRICH y C. KOHLER, *ibid.*, p. 340.

⁴⁴ Véase e.g. D. HENRICH, ‘Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage’, *IPRax*, N° 25, 2005, p. 423; R. WAGNER, ‘Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsunterlagen: Ein Patentrezept?’, *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2011, p. 611.

⁴⁵ R. WAGNER, ‘Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsunterlagen: Ein Patentrezept?’, *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2011, p. 611; M. WELLER, en M. GEBAUER y C. TEICHMANN (eds.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 6, Nomos, 2014, al margen 142, que advierte de una ‘situación jurídica de compra’.

⁴⁶ Sobre este principio y su papel en el Derecho Internacional Privado, véase S. BOLLÉ, ‘L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale’, *Revue critique de droit international privé*, N° 96, 2007, p. 338.

⁴⁷ R. WAGNER, ‘Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsunterlagen: Ein Patentrezept?’, *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2011, p. 613; M. WELLER, en M. GEBAUER y C. TEICHMANN (eds.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 6, Nomos, 2014, al margen 143.

documentos públicos e inscripciones no tienen el mismo valor que las sentencias judiciales. Destacan en particular que los actos administrativos en los que se perfeccionan no están sujetos a las mismas garantías procesales que deben respetar los juicios ordinarios. Por ejemplo, el hecho de que en estos procedimientos no se aplique el principio de la tutela judicial efectiva. Se teme que en caso de que los documentos y las inscripciones en registros públicos determinasen todo, desde el nombre hasta el estado civil sin posibilidad de revisión, se perderían los derechos procesales esenciales de los individuos.

42. La cuestión es obviamente de gran importancia. De hecho, los actos de las autoridades públicas deben estar sujetos al control de los tribunales. Esto no significa que el control debería ejercerse necesariamente por los tribunales de los otros Estados miembros en los que se solicite el reconocimiento. Se podría más bien imaginar un sistema en el que la corrección de documentos o inscripciones en registros sólo se pudiese solicitar ante los tribunales del país de origen del documento o de la inscripción. Este sistema ya se usa en la UE respecto de los títulos ejecutivos para créditos no impugnados, órdenes de pago y reclamaciones de escasa cuantía.⁴⁸

43. El control ejercido por los tribunales de los países de donde es originario el documento, puede disipar las dudas sobre la calidad de los actos públicos. Al mismo tiempo, se evita el riesgo de carecer de recursos judiciales en contra de los documentos o inscripciones incorrectas. Este recurso sólo puede ser presentado ante los tribunales del Estado miembro del que procede el acto.

4. Valoración diferente de los actos públicos extranjeros y los nacionales

44. No obstante, los críticos destacan como contradictorio el hecho de que, bajo la propuesta de la Comisión, un acto público de otro país podría tener más efectos que un acto nacional. Por ejemplo, es posible que mientras los actos nacionales sólo tienen carácter declarativo según la ley del foro, un Estado pueda ser forzado a considerar que los actos extranjeros tengan efecto probatorio. Si bien esa situación presenta un cierto desequilibrio, actualmente existe ya un sistema de este tipo en el marco del Reglamento de Bruselas I. Conforme a éste, el efecto de las sentencias extranjeras puede sobrepasar el de las sentencias nacionales del país receptor. Siguiendo un patrón similar, no es imposible imaginar documentos y registros extranjeros que tengan más efecto que los nacionales. Tal solución se ha sugerido, por ejemplo, para las inscripciones de los nombres, aunque se podría aplicar a otros casos.

5. ¿Menos burocracia o una tiranía de documentos?

45. La Comisión elogia la reducción de la burocracia que resultaría de una norma de reconocimiento.⁴⁹ Ahora bien, no debemos pasar por alto los peligros inherentes a la sugerencia de la Comisión. Paradójicamente reduciría el número de documentos, pero aumentara su importancia, pues los documentos determinarían cuestiones tan fundamentales como el estado civil o el nombre de las personas naturales de toda la Unión Europea. En algunas ocasiones puede que el reconocimiento sea contrario a los intereses de los individuos. Un ejemplo citado en la literatura es el del nacimiento de un niño en un país con el que los padres no tienen ninguna conexión, salvo que viven allí en el momento del nacimiento del bebé.⁵⁰ Si las autoridades del país de nacimiento han introducido un nombre para el bebé conforme a la

⁴⁸ Art. 10 Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DOUE L 143 de 30 de abril de 2004; Art. 16 Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, DOUE L 399 de 30 de diciembre de 2006; Art. 18 Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, DOUE L 199, de 31 de julio de 2007.

⁴⁹ COM (2010) 747 final, p. 5.

⁵⁰ R. WAGNER, 'Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsurkunden: Ein Patentzept?', *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2011, p. 612.

ley del foro, esto podría impedir que los padres cambien ese nombre a uno que fuera más adecuado, por ejemplo según la ley de la nacionalidad común de los padres y del niño o según el derecho de su futura residencia habitual.

46. Este caso se utiliza a menudo por los críticos para ilustrar que el reconocimiento de los documentos y de las inscripciones no es necesariamente del interés de las partes afectadas, sino que también puede ser perjudicial.⁵¹ Pero en realidad el ejemplo citado no presenta ningún problema. Dado que los padres y el niño tienen una nacionalidad común, las autoridades del país de esa nacionalidad también pueden emitir un certificado de nacimiento. En el evento en que los padres tuviesen diferentes nacionalidades, habría que prever la posibilidad de solicitar un documento diferente o el registro en el futuro país de residencia habitual. Este ejemplo muestra que el vínculo necesario para que un Estado pueda emitir un acto no debe ser demasiado estricto.

6. Posibilidad de documentos contradictorios

47. Sin embargo, el ejemplo expuesto plantea otro problema: el de la posibilidad de inscripciones o documentos contradictorios. Si las autoridades de distintos Estados miembros pueden promulgar documentos como el acta de nacimiento o la inscripción en el registro del estado civil, no se podría excluir la posibilidad de que emitan diferentes actos públicos con contenido contradictorio.⁵² ¿Cuál de ellos debe ser reconocido en este caso?

48. Un sistema simple de prioridad temporal, que daría la prioridad al documento que se haya emitido antes, no sería adecuado.⁵³ Sería una mera cuestión de azar según la autoridad que haya decidido primero.⁵⁴ Se podría dar precedencia al acto emitido por el Estado de la nacionalidad común, pero este tipo de jerarquía estaría sujeta a un desacuerdo político considerable. Es preferible dar a las partes la libertad de elegir a qué documentos o inscripciones quieren darle mayor confianza en los otros Estados miembros.⁵⁵ En otras palabras, se propone que el reconocimiento sea opcional. La ventaja de un sistema de ese tipo sería que se introduciría la idea de la autonomía de la voluntad de las partes en la norma de reconocimiento.⁵⁶ Las personas conectadas a múltiples jurisdicciones podrían elegir dónde modificar su estatus, en la medida en que se les permita.

49. Esta elección entre diferentes jurisdicciones no puede equipararse al “turismo documental”. La diferencia fundamental es que las partes solo pueden escoger entre los actos de Estados predefinidos con los que tienen una conexión suficiente. En el área de conflicto de leyes, las partes ya tienen la libertad de elegir la ley aplicable conforme a una serie de actos, por ejemplo según el Reglamento Roma III⁵⁷ sobre el divorcio o el Reglamento sobre sucesiones.

⁵¹ Véase R. WAGNER, ‘Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsunterlagen: Ein Patentrezept?’, *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2011, p. 612.

⁵² Véase M. GUZMÁN ZAPATER, ‘La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea’, M. FONT I MAS (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, p. 106; R. WAGNER, ‘Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsunterlagen: Ein Patentrezept?’, *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2011, p. 612; D. HENRICH, ‘Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage’, *IPRax*, N° 25, 2005, p. 424.

⁵³ Véase art. 29 Reglamento Bruselas I.

⁵⁴ De conformidad con R. WAGNER, ‘Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsunterlagen: Ein Patentrezept?’, *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2011, p. 612.

⁵⁵ En este punto véase G.P. ROMANO, ‘La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’états de personnes’, *Revue critique de droit international privé*, N° 95, 2006, pp. 512-514.

⁵⁶ Véase STJUE 02 octubre 2003, García Avelló, 148/02, *Rec.* 2003, I-11613; STJUE 14 octubre 2008, Grunkin-Paul, 353/06, *Rec.* 2008, I-7639. En la introducción de la autonomía de las partes por esa norma, véase M. LEHMANN, ‘What’s in a Name? Grunkin-Paul and Beyond’, A. BONOMI y P. VOLKEN (eds.), *Yearbook of Private International Law*, N° 10, 2009, p.p. 159-161.

⁵⁷ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, del 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L343, del 29 de diciembre de 2010.

50. Una norma especial podría determinar que las partes decidieran qué documento o inscripción prefieren. Así se evitaría invocar una situación legal en un Estado miembro y otra situación legal en otro, garantizando la seguridad jurídica. De todas formas, tenemos que dejar abierta la posibilidad a los individuos de decidir si quieren la norma reconocimiento o no, pues esta está diseñada para ayudarlos, no para forzarles a una situación menos favorable.

7. El reconocimiento no abarca todos los casos

51. Una crítica adicional es que una norma de reconocimiento por sí sola no puede sustituir al conflicto de leyes porque sería incompleta en dos aspectos. Primero, se aplicaría sólo a una situación jurídica que ha sido determinada por un acto público, o que ha sido registrada, y no a otros actos, como por ejemplo la creación de una sociedad civil no registrada.⁵⁸ En segundo lugar, la autoridad que está creando un documento o perfeccionando un registro, de todas maneras tiene que determinar la ley aplicable y aplicarla.⁵⁹

52. Ambos puntos son innegables. Pero eso no significa que el reconocimiento sea inútil o imposible. Simplemente supone que vamos a vivir con un doble sistema, compuesto de las reglas tradicionales de derecho internacional privado y de una norma de reconocimiento.⁶⁰ No obstante, algunos autores prefieren una armonización de todas las normas de conflicto de leyes bajo los auspicios de la Unión Europea a un sistema de este tipo. Pero tal armonización no excluiría el riesgo de que los tribunales y autoridades de los Estados miembros apliquen las normas de derecho internacional privado y el derecho sustantivo de manera diferente. Por lo tanto, todavía podemos asegurar que el reconocimiento es útil y necesario.

53. Así pues, la mejor solución es combinar normas de conflicto y de reconocimiento. La Ley de Derecho Internacional Privado Italiana ofrece un ejemplo destacado, ya que contiene junto a la norma de conflicto una cláusula que ordena el reconocimiento de los documentos extranjeros sobre capacidad, relaciones familiares y derechos de la personalidad.⁶¹ Con respecto a la legislación europea de conflictos, ya existen varias propuestas de redacción. Por otra parte, el legislador de la UE ya ha optado por la combinación de normas de conflictos de leyes y normas de reconocimiento en un solo acto, por ejemplo, en el Reglamento de Sucesiones.

8. Una división del sistema de conflictos entre casos intra-europeos y casos relacionados con terceros Estados

54. Otro reproche que se hace a una norma general de reconocimiento es que sólo se aplicaría a los documentos públicos y a las inscripciones en registros de los Estados miembros y no cubriría los actos de terceros países. Estos últimos no tendrían ningún efecto dentro de la UE. Por lo tanto, se tendría que determinar la ley aplicable. El resultado sería un sistema dividido: una norma de reconocimiento que se aplicaría a los actos de los otros Estados miembros, y las normas de conflicto de leyes que se aplicarían cuando terceros Estados estén involucrados.⁶²

⁵⁸ Véase el tratamiento de los conflictos de leyes por W.H. ROTH, 'Internationalprivatrechtliche Aspekte der Personengesellschaften', *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)*, 2014, p. 168 y ss.

⁵⁹ Véase K. KROLL-LUDWIGS, 'Hinkende Namensrechtsverhältnisse im Fokus der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit', *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, N° 107, 2008, p. 337.

⁶⁰ Respecto la pluralidad de métodos de elección de ley véase también G.P. ROMANO, 'La bilateralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'états de personnes', *Revue critique de droit international privé*, N° 95, 2006, p. 517 y ss.

⁶¹ Art. 65 Ley del 31 de mayo de 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, G.U. 3.6.1995.

⁶² H.J. SONNENBERGER, 'Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode?', J. BERNREUTHER y otros (eds), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Munich, Sellier, 2010, p. 387; W.H. ROTH, 'Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im europäischen Kollisionsrecht', *IPRax*, N° 26, 2006, p. 346 y ss.; D. COESTER-WALTEJN, 'Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht', *IPRax*, N° 26, 2006, p. 400.

55. Sin embargo, no hay nada sorprendente en un sistema de este tipo. Incluso es natural para los sistemas jurídicos integrados. En los Estados Unidos, los actos públicos de cada uno de los Estados federales disfrutaban de plena fe y crédito en los demás Estados, mientras que los actos de terceros países no. La razón es simplemente que los Estados miembros confían los unos en los otros, o al menos se ven obligados a hacerlo.

9. ¿Falta de competencia de la UE?

56. Una norma general de reconocimiento debería superar algunos problemas técnicos. Uno de ellos es la base jurídica. Puesto que es poco realista esperar un cambio en el derecho primario, la competencia tendría que encontrarse en los tratados ya existentes. En su propuesta de Reglamento para simplificar la aceptación de ciertos documentos públicos, la Comisión ha invocado, además de la referencia estándar para la competencia del mercado interno, el artículo 21 (2) del TFUE.⁶³ Esta disposición autoriza al Consejo y al Parlamento a adoptar normas con el fin de facilitar el ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía de la UE en virtud del artículo 20 TFUE, a saber, el derecho a la libre circulación y a residir libremente en cualquier Estado miembro de la Unión. En la literatura se ha sugerido que esta base jurídica cubriría no sólo la abolición de la apostilla sino también de otras formas de legalización, pero que sería insuficiente para las medidas que van más allá, especialmente para aquellas que requieran una armonización del derecho sustantivo.⁶⁴ En lugar de ello, se han mencionado como una posible base jurídica los artículos 67(4) y el 81 TFUE.⁶⁵ Estas disposiciones consagran el principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial de la UE. Sin embargo, el problema es que estas disposiciones están dirigidas exclusivamente a las “resoluciones judiciales y extrajudiciales”, no hay ninguna referencia al reconocimiento de documentos. Por otra parte, en materia de familia es necesario un procedimiento especial que exige, entre otras cosas, una unanimidad en el Consejo para la adopción de medidas de armonización.⁶⁶

57. Frente a este aparente dilema de competencias, tenemos que volver a lo básico: el no reconocimiento de los actos de los demás Estados miembros que obstaculiza la libre circulación y residencia en la UE. Una norma general de reconocimiento sería un medio adecuado y necesario para superar tal obstáculo, dado que no supondría ningún cambio en la ley sustantiva. Sólo se solicitaría a los tribunales y autoridades que los actos de los otros Estados miembros tuvieran efectos en casos individuales. Tampoco tendría las mismas tremendas consecuencias como el reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales y por lo tanto no puede ser igualado con las competencias que el TFUE prevé específicamente en su artículo 81. Los documentos e inscripciones únicamente tendrían valor probatorio y todavía sería posible superar este efecto mediante un recurso ordinario en el Estado miembro de origen. Por lo tanto, el artículo 21 (2) parece ser una base suficiente para la introducción de la norma general de reconocimiento.

10. ¿Posible interferencia con la armonización internacional?

58. Uno de los argumentos más importantes en contra de la propuesta de simplificar la aceptación de ciertos documentos públicos es su posible superposición con la armonización internacional. Por el momento, la Conferencia de la Haya está trabajando en una Convención “e-postille” que prescinde en

⁶³ Comisión Europea, ‘Propuesta de Reglamento por el Parlamento y el Consejo Europeos para promover la libre circulación de ciudadanos y de comercio para simplificar la aceptación de documentos públicos en la Unión Europea y modificar el Reglamento 1024/2012’, COM (2013) 228 final, p. 10.

⁶⁴ M. GUZMÁN ZAPATER, ‘La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea’, MARIA FONT I MAS (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 115-116.

⁶⁵ M. GUZMÁN ZAPATER, ‘La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea’, MARIA FONT I MAS (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, p. 107; véase también M. GUZMÁN ZAPATER, ‘La propuesta de Reglamento 2013/0119 relativa a la libre circulación de determinados documentos públicos en la Unión Europea’, *Revista General de Derecho Europeo*, N° 31, 2013, p. 8.

⁶⁶ Art. 81 (3) TFUE.

gran medida de la necesidad de los documentos en papel. La Comisión Internacional del Estado Civil (*Commission Internationale de l'État Civil*) también está intentando facilitar el reconocimiento transfronterizo de documentos públicos e inscripciones. Los críticos insisten en que la propuesta de la Comisión socava estos esfuerzos, prefiriendo la integración intraeuropea a la armonización internacional.⁶⁷

59. Sin embargo, los esfuerzos internacionales se limitan a los aspectos técnicos del reconocimiento. Una norma general en el sentido de la propuesta original de la Comisión va mucho más allá. La meta sería reconocer no solamente documentos públicos e inscripciones, sino también las situaciones jurídicas determinadas en ellos. Tal norma sería una novedad. Así, es poco probable que la propuesta de la Comisión sea recogida en un tratado con terceros Estados en un futuro próximo. Por lo tanto, tendría sentido que la Comisión siguiera adelante con el proyecto del principio de reconocimiento a nivel de la Unión Europea. Si se probase que es un éxito, podría convertirse en un modelo a nivel internacional.

V. Conclusiones

60. Es el momento de implantar una norma general de reconocimiento en la UE. La propuesta del 2012 para un Reglamento destinado a la simplificación de la aceptación de ciertos documentos públicos de la Unión Europea no irá lo suficientemente lejos. Hay que volver a los planes mucho más ambiciosos expuestos en el Libro verde de 2010 y tratar de ejecutarlos, a pesar de los errores metodológicos que la Comisión cometió.

61. Una norma de reconocimiento no debe tener necesariamente el mismo valor que en los Estados Unidos, donde se establece como principio constitucional. La Unión Europea debe seguir su propio camino. Después de todo, fue creada inicialmente como una zona de libre comercio y no está diseñada, en principio, para cubrir temas como las situaciones personales o el derecho familiar. La confianza mutua entre los Estados miembros en estas áreas no puede suponerse, por lo tanto tiene que construirse. En este artículo se sostiene que la integración en la UE es lenta, pero está llegando al punto en el que se justifica dar plena fe y crédito a los documentos y registros de otros Estados miembros. Esto no se va a conseguir arrasando con el articulado de derecho primario, sino a través de la adopción de medidas pequeñas y equilibradas en el Derecho derivado.

62. Es cierto que el reconocimiento no puede sustituir la elección de la ley aplicable. Se trata simplemente de un segundo aspecto del derecho internacional privado. Su ámbito de aplicación es limitado, puesto que su aplicación presupone la existencia de algún acto público, ya sea una sentencia, documento público o la inscripción en un registro. En ausencia de un acto de este tipo, la ley aplicable siempre necesita ser determinada, aún cuando una situación jurídica haya existido durante un tiempo en otro país. Decir que la situación jurídica como tal es reconocida no hace avanzar el análisis, dado que no evita la determinación de la ley aplicable.

63. Cuando existe un acto público, el reconocimiento tiene algunas ventajas sobre la determinación de la ley aplicable. Por encima de todo, se evitan las relaciones claudicantes que existen en virtud de la ley de un país que no existe en otro. Por otra parte, el reconocimiento ahorra costes y evita errores en la aplicación de la ley. La imposición de condiciones, como la exigencia de un vínculo suficiente entre la situación jurídica documentada y el país que ha expedido el documento, pueden impedir abusos como “el turismo documental”. Los errores en los documentos y registros pueden ser corregidos en el Estado de origen y no justifican una revisión completa por parte del Estado receptor. El reconocimiento

⁶⁷ M. GUZMÁN ZAPATER, ‘La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea’, MARIA FONT I MAS (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 117-118; M. GUZMÁN ZAPATER, ‘La propuesta de Reglamento 2013/0119 relativa a la libre circulación de determinados documentos públicos en la Unión Europea’, *Revista General de Derecho Europeo*, N° 31, 2013, pp. 8-9.

no menoscaba necesariamente los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Siempre puede limitarse a ciertas áreas y ser acompañado con una excepción de orden público.

64. Una norma general de reconocimiento competiría con el método tradicional de la elección de la ley y lo reemplazaría hasta cierto punto. ¿Sería esto una catástrofe? La respuesta es un no rotundo. El conflicto de leyes no es un fin en sí mismo. Está ahí para servir a las necesidades de los ciudadanos. Si estas necesidades pueden satisfacerse mediante una norma de reconocimiento, no se debe recurrir a las viejas tradiciones. Es mejor tomar una postura pragmática, adoptar el nuevo modelo y trabajar para mejorar su funcionamiento.

LAS NORMAS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL ANTE EL OBJETIVO DE COMBATIR LA EVASIÓN FISCAL

THE GENERAL RULES OF INTERNATIONAL LAW IN THE PERSPECTIVE OF COMBATING TAX EVASION

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén*

Recibido: 26.08.2016 / Aceptado: 29.08.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3259>

Resumen: Más allá de los convenios internacionales que incluyen una cláusula de cooperación internacional entre administraciones tributarias y de las directivas de la Unión Europea que imponen deberes a sus Estados miembros en tal sentido, debemos plantearnos hasta dónde llegan los principios generales del Derecho Internacional en este ámbito. Esto podría resultar particularmente útil en aquellos supuestos en que no exista convenio internacional, pensando especialmente en los paraísos fiscales. En la lucha contra el fraude fiscal se presenta de especial interés plantearse hasta dónde podría llegar el deber general de colaboración entre Estados en materia tributaria.

Palabras clave: evasión fiscal, normas generales, Derecho Internacional.

Abstract: Beyond the international agreements that include an international cooperation clause between tax administrations and directives of the European Union to impose duties on its Member States administrations in this regard, we must consider how far the general principles of International Law in this field reach. This could be particularly useful in cases where there is no international agreement, especially considering tax havens. The fight against tax fraud presents special interest to consider how far the general duty of cooperation among States in tax matters could go.

Keywords: tax evasion, general rules, International Law.

Sumario: I. Apuntes iniciales. II. Marco general de la fiscalidad internacional. III. Ramas de la fiscalidad internacional. IV. La ineficacia del Poder Tributario del Estado fuera de su territorio. V. Concepción actual de la soberanía fiscal internacional. VI. Perspectiva territorial de la soberanía. VII. Sobre la existencia o no de un Principio de Derecho Internacional General relativo a la cooperación internacional en la aplicación de los tributos. VIII. Reflexiones finales.

I. Apuntes iniciales

1. Cabe la discusión sobre si el deber de colaboración entre Estados en la lucha contra el fraude fiscal representa o no un principio de Derecho Internacional General, obligatorio dentro de la disciplina jurídica de la Comunidad Internacional, más allá de convenios específicos o normas particulares.

2. El fenómeno del fraude fiscal ha alcanzado una dimensión internacional en un doble sentido. De un lado, porque el tráfico internacional de la riqueza facilita el fraude fiscal al complicar la naturaleza de dicho tráfico el control de aquél. De otro, porque la lucha contra el mismo debe hacerse

necesariamente a través de la cooperación internacional de las Administraciones tributarias. En este último sentido, dicha cooperación, además de una necesidad, se presenta como un deber para los Estados. Pero mientras encontramos convenios internacionales y directivas y reglamentos de la Unión Europea que obligan a los Estados a la cooperación internacional en materia de intercambio de información y de recaudación, además de en otras cuestiones, resulta más discutible que se pueda defender la existencia de un deber de Derecho Internacional General que obligue a los Estados a cooperar en tal sentido, al margen de convenio internacional o de norma comunitaria que obligue ello.

3. Pues bien, en función de lo expuesto, comenzaremos con una visión global del panorama actual de la fiscalidad internacional y un análisis de la diversidad de ramas del Derecho Internacional Tributario, representando distintas ramas de las que podría surgir dicho deber en tal sentido. A continuación analizaremos los límites a la territorialidad internacional del tributo, que son los que hacen necesaria esa cooperación y cómo debe entenderse en función de ello la soberanía fiscal internacional. Por último, entraremos en la discusión existente de si existiría un deber de Derecho Internacional General en tal sentido aunque no se firme un convenio al efecto, dado que los paraísos fiscales “viven” precisamente de eso, de no firmar tal tipo de convenios que impliquen obligaciones de cooperación en tal sentido. En función de ello, terminaremos con una reflexiones finales sobre cómo se debería reconducir la situación a nivel global.

II. Marco general de la fiscalidad internacional

4. La delimitación de la fiscalidad internacional como subdisciplina dentro del Derecho Tributario, en las últimas décadas, parece haberse realizado a golpe de norma particular o cuestión concreta. Con el tiempo se ha ido perdiendo la preocupación por una visión “global” de todos los problemas del Derecho Internacional Tributario. Más allá del Modelo de la OCDE de convenio internacional para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y prevenir el fraude fiscal –y el ya casi olvidado Modelo, también de la OCDE, de convenio internacional para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre sucesiones y donaciones-, de la jurisprudencia en materia tributaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de las grandes cuestiones de la armonización fiscal y así de las principales directivas comunitarias en materia impositiva, a parte de algún otro texto internacional, en ocasiones igualmente de la OCDE, por ejemplo también en materia de lucha contra el fraude, o en otros ámbitos de la Unión Europea, sobre diversas cuestiones, no existe una verdadera preocupación por delimitar una construcción global y armónica de los grandes principios de la fiscalidad internacional y por la estructuración dogmática del Derecho Internacional Tributario.

5. Cuando no existían aún las Comunidades Europeas, después Unión Europea, cuando no existían tantos convenios internacionales en materia tributaria, esencialmente desde inicios hasta mediados del siglo pasado, la doctrina tributaria y la doctrina internacional se preocupaban en mayor medida por buscar otros instrumentos de actuación y delimitación normativa internacional, que no podían ser otra cosa que la búsqueda de si existían principios generales, normas generales o costumbres internacionales aplicables al Derecho Internacional Tributario. Se preocupaba la doctrina en mayor medida por la búsqueda de un Derecho Internacional General en materia tributaria.

6. Bien es cierto que la modernidad del sistema tributario de un Estado en materia de fiscalidad internacional viene marcada en gran medida por el número de convenios internacionales de carácter fiscal que firme dicho Estado, pero esto no debe hacer desaparecer la preocupación por la búsqueda de si existen o no principios generales de Derecho Internacional aplicables a los Estados en materia tributaria, más allá de su consentimiento expreso, como reglas de juego esenciales en la Comunidad o Sociedad Internacional.

7. Existen algunos Estados con los que no ha funcionado la vía de los convenios internacionales en materia tributaria, precisamente porque no firman tal tipo de convenios; son esencialmente los pa-

raísos fiscales, que en gran medida se puede decir que viven económicamente de eso, de estar aislados en materia fiscal, de no firmar convenios en materia tributaria, de ser opacos fiscalmente, de encubrir el fraude fiscal realizado en perjuicio de otros muchos Estados soberanos.

8. Digamos que en este campo, después de tantos años, la OCDE, la Unión Europea, incluso la actuación de Estados Unidos, en cierto modo han fracasado y los paraísos fiscales siguen existiendo como tales en perjuicio de otros Estados.

9. A veces, tales paraísos, son territorios sometidos a la soberanía de algún Estado desarrollado, con lo que la evolución de los problemas en relación a los mismos puede ser mucho más esperanzadora, por la presión a ejercer sobre dicho Estado.

10. El problema puede estar en mayor medida en relación a aquellos territorios con soberanía propia como Estados, que sean paraísos fiscales, siempre que no estén sometidos o necesitados de una fuerte vinculación con otros Estados que puedan ejercer una fáctica presión sobre ellos en tal sentido, que ayude a acabar con su actuación como paraísos fiscales.

11. Pero precisamente en relación a tales “pequeños” paraísos fiscales que tienen que defender su identidad como Estados soberanos, si en cierta medida la OCDE y la Unión Europea han fracasado en su propósito, quizás sea ahora la oportunidad o momento, de entrar en escena al efecto en mayor medida, para Naciones Unidas, que es la organización internacional –más global- que precisamente se puede presentar como la mayor garante de su identidad como Estados independientes. Con ello, más que nunca, es necesaria la delimitación y estructuración clara de los principios generales del Derecho Internacional Tributario.

12. Pues bien, como interesante ejemplo, una de las dudas que se planteaba la doctrina en tal sentido era la de si existía un deber general de colaboración internacional entre Estados en materia tributaria en la lucha contra el fraude fiscal, como principio general del Derecho Internacional y aunque no existiese convenio internacional al efecto. En la doctrina internacional ha habido respuestas en este punto en un sentido y en otro, aceptándolo o rechazándolo. Así pues, habría que plantarse hacia dónde debe orientarse el deber de colaboración entre Estados en materia tributaria. Es necesario reflexionar sobre cómo reorientar o redimensionar el deber de colaboración entre Estados en materia impositiva.

III. Ramas de la fiscalidad internacional

13. La contemplación de la incidencia del Derecho de origen internacional en materia tributaria normalmente se realiza desde dos perspectivas distintas. De un lado, se encuentra la perspectiva del Derecho Internacional Convencional, es decir, la relativa a los convenios internacionales que afectan a esta materia. De otro, nos encontramos con la del Derecho de la Unión Europea o, en su denominación primitiva y aún más usual, con la del Derecho Comunitario Europeo, donde, junto al Derecho Comunitario originario, nos encontramos con el Derecho Comunitario derivado. El primero de estos dos, el Derecho Comunitario originario, está compuesto por Tratados, por lo que aparentemente podría encuadrarse dentro del Derecho Internacional Convencional; lo que sucede es que estos acuerdos entre los Estados miembros de la Unión Europea tienen un contenido de atribución competencial a ésta, que sitúa a tales Tratados a un nivel que está muy por encima de los tradicionales convenios en materia tributaria. Por otra parte, el Derecho Comunitario derivado está compuesto por los actos normativos de las instituciones comunitarias.

14. El Derecho Internacional Convencional en materia tributaria se compone esencialmente de convenios para evitar la doble imposición internacional, en casi su inmensa totalidad bilaterales. De todos modos, disposiciones de naturaleza tributaria las podemos encontrar también, aunque en algunos

casos sea de forma puntual, en otros tipos de convenios internacionales, aun no estando dedicados esencialmente a la materia tributaria.

15. En el ámbito del Derecho Comunitario o Derecho de la Unión Europea –en su más fiel denominación actual- nos encontramos con distintos campos de incidencia en materia tributaria: de un lado, nos encontramos con el campo de la armonización fiscal comunitaria, que intenta aproximar las legislaciones tributarias de los distintos Estados comunitarios en determinadas materias; de otro, nos encontramos con los recursos comunitarios de naturaleza tributaria, como fuente de financiación comunitaria; por último, nos encontramos con la cooperación en la aplicación de los tributos impuesta a los Estados miembros por las instituciones comunitarias. Este tercer campo de incidencia del Derecho Comunitario en materia fiscal, es decir, estos deberes de colaboración entre Administraciones tributarias a veces afectan a tributos propios comunitarios y en ocasiones a impuestos estatales armonizados, con lo cual en muchos casos esta labor de cooperación administrativa podría quedar incluida en alguno de los dos ámbitos señalados anteriormente, o sea, en el de los recursos propios de naturaleza tributaria o en el de la armonización fiscal. Pero esta actuación normativa de la Unión Europea consistente en imponer a los Estados miembros un deber de colaborar entre ellos para la aplicación de los tributos, a veces afecta también a impuestos que ni son recursos propios de aquélla, ni son impuestos armonizados conforme a directivas comunitarias. En función de ello, en este caso ya estaríamos ante un tercer campo distinto de los anteriores, salvo que con ello entendamos que lo que se está realizando realmente es una labor de armonización fiscal en el plano formal, es decir, no en el plano de los elementos materiales o sustantivos de los impuestos, sino en el de su aplicación efectiva o formal; con esto último retornaríamos a tomar en consideración sólo dos campos esenciales dentro del Derecho Tributario de la Unión Europea: el de los recursos propios de naturaleza tributaria y el de la armonización fiscal material y formal. La adopción de una doble o una triple perspectiva al efecto puede depender en la práctica de la importancia que le queramos dar a los citados deberes de colaboración, decidiendo si queremos situarlos o no al nivel de la clásica armonización fiscal.

16. Resulta lógico, por su importancia práctica, que la atención de la doctrina tributaria en relación al Derecho Internacional se haya centrado en los dos ámbitos apuntados; de un lado, en los convenios internacionales para evitar la doble imposición y, de otro, en la incidencia del Derecho Comunitario Europeo en materia tributaria. Pero en el esquema de fuentes del Derecho Internacional no debemos perder de vista la costumbre internacional y los Principios Generales del Derecho, que conforman lo que se podría denominar el Derecho Internacional General, en cuanto normas aplicables a cualquier Estado con independencia de la prestación o no de su consentimiento directo a las mismas, como normas consolidadas en el devenir y formación de la Comunidad Internacional.

17. Obviamente, en una materia como la tributaria, tan vinculada a la política económica de cada Estado, la incidencia del Derecho Internacional General es mucho menor que la del Derecho Internacional Convencional y que la del Derecho Comunitario Europeo. Esto no quita que se le deba prestar cierta atención a la incidencia, aunque escasa en su extensión, pero no en su importancia, que el Derecho Internacional General pueda tener en materia tributaria.

18. Ello se debe hacer desde dos perspectivas distintas. De un lado, intentando localizar si existe, aunque sea difícil de concretar, alguna norma de Derecho Internacional General que afecte específicamente al ámbito tributario. De otro, analizando la forma en que algunas ideas y principios de Derecho Internacional General, aunque no específicamente tributarios, pueden afectar a la mecánica de aplicación impositiva, desde la contemplación de los intereses de distintos Estados.

19. De todas maneras, todo lo expuesto no responde a compartimentos estancos o incomunicados, sino que la interrelación entre los distintos grupos o tipos de normas es tan permeable e interdependiente como en el resto de ramas del Ordenamiento jurídico. Fijémonos, por ejemplo, en los distintos tipos de normas que se pueden distinguir dentro del Derecho Comunitario Europeo en materia tributaria

e intentemos aplicarlos al régimen fiscal de los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea. En el Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea se establece al mismo tiempo la exención de los rendimientos obtenidos por aquéllos como consecuencia de su trabajo para las instituciones comunitarias y la sujeción de tales rendimientos a un impuesto sobre los sueldos, salarios y emolumentos de los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea, de los que es beneficiaria ésta y que se recauda simplemente a través de retenciones sobre dichos rendimientos del trabajo, en función del montante anual que recibe el funcionario y del número de hijos bajo su dependencia. De un lado, la exención referida evita la doble imposición que, de no existir este beneficio fiscal, se daría entre los impuestos estatales sobre la renta y el citado impuesto comunitario; la norma que establece esta exención en los impuestos estatales, aunque forma parte del Derecho Comunitario originario se parecería más bien a las normas de armonización fiscal comunitaria, si bien estas últimas suelen ser de Derecho Comunitario derivado, procediendo de las instituciones comunitarias. De otro lado, la norma que establece el citado impuesto comunitario se podría entender más bien comprendida en el bloque normativo de los recursos propios comunitarios, si bien no representa un elemento esencial en la financiación comunitaria –su existencia se fundamenta en otras razones- y no aparece contemplado en las Decisiones sobre el sistema de recursos propios comunitarios. De esta forma, se trataría de un ejemplo de tema donde se interrelacionan los bloques normativos individualizados anteriormente.

IV. La ineficacia del Poder Tributario del Estado fuera de su territorio

20. La cooperación internacional en materia tributaria, sin perjuicio de algunos otros campos de actuación, ha tenido dos ámbitos fundamentales en los que ha encontrado mayor desarrollo. De un lado, se encuentra la cooperación entre Estados para eliminar la doble imposición internacional, lo cual se articula principalmente a través de convenios bilaterales para eliminar dicha doble imposición, que siguen esencialmente el Modelo OCDE. De otro, nos encontramos con una cooperación entre las Administraciones tributarias de distintos Estados tendente a la aplicación efectiva de los tributos, a veces partiendo incluso de cláusulas existentes en los citados convenios. Pues bien, en este trabajo nos vamos a plantear cuál o cuáles pueden ser los fundamentos de la cooperación internacional en este segundo ámbito, analizando lo que se puede considerar al respecto como un principio general de Derecho Internacional y aquello que por el momento no puede recibir tal consideración.

21. Los Estados no pueden actuar sin autorización en territorio extranjero. Un Estado, por sí mismo, a través de sus propios agentes no puede hacer valer su Derecho fuera de sus fronteras, porque éstas delimitan el ámbito de su soberanía territorial. Esto constituye un principio de Derecho Internacional General. Cuando no se respeta esta norma se produce una violación de la soberanía de otro Estado y, así, un ilícito internacional. Y, por otra parte, dentro de un ordenamiento jurídico, en principio, no tienen vigencia las normas jurídicas extranjeras. Para que una norma de un ordenamiento jurídico produzca efectos en otro, es necesaria una norma de éste que reenvíe al Derecho extranjero o acuerde la recepción de los efectos de éste en el propio ordenamiento. Así, para la eficacia o aplicación del Derecho extranjero en el ordenamiento de un Estado, es necesario el consentimiento de éste, expresado por medio de una norma interna o a través de un instrumento jurídico internacional, como puede ser un convenio internacional.

22. En relación a la primera idea que hemos señalado, o sea, la que hace referencia a la imposibilidad de ejercitar el poder estatal en territorio extranjero, debemos tener en cuenta, como señala POCAR, que en la vida de relación entre los Estados puede reputarse cierta la formación y la actual existencia de un deber descendiente del Derecho Internacional General o consuetudinario, en base al cual todo Estado está obligado a abstenerse de penetrar en el ámbito territorial en el que se ejercita establemente la autoridad de otro Estado y de ejercitar en tal ámbito actividades de imperio o, más genéricamente, públicas. Pero, como destaca este mismo autor, tal deber internacional de abstenerse de penetrar y de ejercitar el poder estatal en territorio extranjero, del que estamos hablando, no puede, por otra parte, entenderse de

manera rígida y absoluta. Es decir, no puede ser configurado en el sentido de que el mismo comprenda siempre y de todas maneras cualquier actividad de imperio del Estado en territorio extranjero. El mismo, en efecto, no se extendería a todas las actividades que deben entenderse autorizadas sea en base a normas de Derecho Internacional General o particular, sea en base al consentimiento explícito o implícito del Estado donde se realicen¹.

23. Con respecto a la misma idea, destaca UDINA que como consecuencia de la yuxtaposición de los diversos ordenamientos estatales en una comunidad jurídica como es la Comunidad internacional, el poder de imperio propio de cada ordenamiento no es ilimitado ni de hecho ni de Derecho, en el sentido de que no es ilimitado, esto es, universal, el ordenamiento jurídico del Estado del que emana. Sobre ello, este autor señala que una característica esencial del poder de imperio es que los mandatos en que el mismo se concreta pueden ser actuados, si es necesario, coercitivamente. Esto puede darse dentro de ciertos límites. El primero y fundamental entre estos límites está constituido por el territorio de cada Estado. El territorio, en efecto, además de ser un elemento esencial para la misma existencia del Estado, constituye el espacio dentro del cual puede desplegarse el poder de imperio consustancial al respectivo ordenamiento jurídico. Los mandatos del Estado pueden también dirigirse excepcionalmente más allá de los límites territoriales que le son propios, cuando los mismos, teniendo tal destino ultraterritorial, estén destinados a tener actuación dentro del territorio ajeno, bien cuando el Estado extranjero libremente consiente, o bien cuando está obligado a consentir en base a los principios del Derecho Internacional General, que los mismos tengan actuación en su propio territorio. Si no es así, no se trataría ya de mandatos jurídicos, sino de simples preceptos y declaraciones político-morales, que no pueden considerarse expresión del poder de imperio. Todo esto vale también para el Poder Tributario, que obviamente pone en juego el poder de imperio estatal. Así, el Estado que intentase actuar coercitivamente sus propios mandatos tributarios fuera de los límites territoriales de su poder de imperio, en los casos en que no le sea expresamente consentido, no sólo cometería un ilícito internacional, sino que se encontraría casi siempre en la práctica material imposibilidad de actuarlos, a menos que no quisiese dar lugar a toda una serie de actos ilícitos².

24. Sobre la norma general de Derecho Internacional que prohíbe a los Estados ejercitar su poder de imperio en el territorio ajeno, señala SACCHETTO que, en sede de Derecho Tributario, tal norma no hace referencia «al específico contenido material de la actividad que el Estado intentaría actuar y que según las calificaciones de derecho interno se define como tributaria, sino a tutelar el principio por el que toda actividad dirigida a la actuación concreta de la norma viene considerada como sometida a los límites territoriales puestos al desarrollo de las actividades soberanas»³.

25. Así pues, en principio, los órganos de un Estado no pueden ejercitar sus potestades tributarias en el territorio de otro Estado. De esta manera, tales órganos no pueden hacer efectivo el Poder Tributario de su propio Estado fuera de las fronteras territoriales de éste. Esto encontraría una excepción en los casos en que se dé el consentimiento del Estado a la actuación de órganos extranjeros sobre su propio territorio.

26. Señala BISCOTTINI que cuando un Estado está legitimado para organizar servicios propios en el extranjero, es lógico que tenga el poder de imponer las correspondientes tasas y que a éstas se sometan también los ciudadanos locales que se benefician de tales servicios. El ejemplo típico al respecto está representado por los servicios consulares. Añade este autor que, naturalmente, si la recaudación de tributos por parte de los cónsules en el extranjero aparece justificada cuando aquéllos tienen el carácter de tasas en sentido propio, la pretensión carecería de base cuando se tratase de exigir impuestos⁴.

¹ Cfr. F. POCAR, *L'esercizio non autorizzato del potere in territorio straniero*, CEDAM, Padova, 1974, pp. 1 y 3.

² Cfr. M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, CEDAM, Padova, 1949, pp. 57 y 58.

³ "Territorialità (diritto tributario)", *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, 1992, pp. 324.

⁴ Cfr. G., BISCOTTINI, *Diritto Amministrativo Internazionale*, Tomo II (*La circolazione degli uomini e delle cose*), CEDAM, Padova, 1966, p. 409.

27. Los representantes diplomáticos y consulares son un ejemplo de agentes extranjeros que actúan en territorio de otro Estado con el consentimiento de éste. Las representaciones diplomáticas y los consulados realizan servicios y actividades públicas, que pueden dar origen al pago de una tasa. En estos casos, tanto la actividad pública que da origen a la tasa, como la recaudación de ésta, constituyen ejercicio de poder público en territorio extranjero. De todas formas, estas actividades pueden ser realizadas sin salir de la sede de la representación diplomática o consular, sede que posee un régimen especial y sobre cuyo espacio físico están limitados los poderes del Estado en el que se encuentra. Si tenemos en cuenta la estructura y el funcionamiento aplicativo de las tasas, dado que éstas se exigen por la realización de actividades administrativas, tal realización se puede hacer depender del previo pago de la correspondiente tasa, o los efectos de tal actividad administrativa pueden estar condicionados por la efectiva realización del pago de la tasa. Así, en principio, se podría conseguir recaudar las mencionadas tasas sin deber realizar ninguna actividad fuera de la sede diplomática o consular.

28. No existe, pues, especial dificultad para poder aceptar la posibilidad de aplicación y recaudación por las representaciones diplomáticas y consulares de tasas por sus servicios y actividades administrativas. Esto constituiría un ejemplo de ejercicio autorizado de actividades tributarias en territorio extranjero, dado que, hoy día, las sedes diplomáticas no pueden ser consideradas en realidad territorio de su Estado. La posible consideración de éstas como territorio extranjero sería solamente una ficción parcial⁵, basada sobre su especial régimen de inmunidades y que, de todas formas, siempre tendría menor vigencia con respecto a los consulados.

29. La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961, dispone en su artículo 28 que los derechos y tarifas que perciba una misión diplomática por actos oficiales están exentos de todo impuesto y gravamen, lo que presupone que en la Convención se acepta la posibilidad de las misiones diplomáticas de realizar una actividad de naturaleza tributaria. Más explícita se presenta en este punto la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963, cuyo artículo 39 dispone expresamente en su apartado 1 que las oficinas consulares podrán percibir en el territorio del Estado en el que se encuentran los derechos y tarifas que establezcan las leyes y reglamentos del Estado a que pertenece la oficina consular por las actuaciones consulares. En el apartado segundo de este mismo artículo se prevé también que estos derechos y tarifas y los recibos correspondientes estarán exentos de todo impuesto y gravamen en el Estado en el que se encuentra la oficina consular.

30. Dejando a un lado la referida disciplina diplomática o consular, la mencionada imposibilidad de actuación tributaria de los Estados sobre territorio ajeno, con la consiguiente imposibilidad para un Estado de aplicar por sí solo sus normas tributarias en territorio extranjero y así hacer allí efectivas sus pretensiones tributarias, ha hecho necesarios mecanismos internacionales de cooperación entre Estados, especialmente en materia de intercambio de información y comprobación y en materia de recaudación.

31. Debemos preguntarnos si cuando, en base a un convenio u otro texto normativo de carácter internacional, un Estado recauda en su territorio un crédito tributario de otro Estado, se produce una aplicación del Derecho Tributario extranjero. Según BÜHLER, en estos casos las autoridades fiscales aplican Derecho extranjero⁶. Por el contrario, señala SACCHETTO que el Estado que proceda a ejecutar una pretensión tributaria extranjera en base a un tratado internacional, no deberá para ello aplicar el Derecho Tributario extranjero, sino sólo activar un procedimiento administrativo según las normas de procedimiento

⁵ La llamada “extraterritorialidad” de las embajadas es solamente una ficción, no pudiendo entenderse que el lugar que ocupan sea verdaderamente territorio extranjero. En relación a las embajadas extranjeras existen solamente unas limitaciones del poder del Estado en el que se ubican. Estas limitaciones dan la idea de una situación similar a la que se produciría en comparación con un territorio extranjero y de ello deriva la expresión “extraterritorialidad”. No es la existencia de una porción de territorio dentro de otro lo que hace nacer las limitaciones del poder de este último, sino que son las limitaciones a tal poder las que dan lugar a una situación que hace pensar en una ficción de “extraterritorialidad”.

⁶ Cfr. O. BÜHLER, *Principios de Derecho Internacional Tributario*, versión castellana de F. CERVERA TORREJÓN, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, p. 100.

previstas para la realización de actos análogos nacionales, para la consecución de fines propios de otro ordenamiento jurídico⁷. En otra de sus obras, señala también SACCHETTO, en relación a los casos de cooperación internacional en materia de recaudación, que el crédito tributario del Estado extranjero es valorado por el Estado al que se solicita la cooperación como un mero hecho que tiene ciertas características de extranjería y que podrá tener una cierta influencia jurídica en el ordenamiento de este último Estado sólo en la medida en que existan en el mismo mecanismos específicos que se la atribuyan⁸.

32. En aquellos casos en los que un Estado procede a recaudar el crédito tributario de otro Estado, no se produce propiamente una aplicación de Derecho Tributario extranjero. Cuando las autoridades tributarias de un Estado proceden a la recaudación de un crédito tributario extranjero, no realizan una actividad de declaración del Derecho extranjero, sino que solamente analizan si la petición de cooperación formulada por el Estado extranjero reúne los requisitos previstos en el correspondiente tratado o texto normativo internacional, que serán requisitos de forma y de competencia. El crédito tributario extranjero tiene en estos casos para el Estado que coopera el carácter de mero hecho jurídico, que adquiere relevancia jurídica porque existe una norma -la contenida en el correspondiente tratado internacional y que se convierte en Derecho interno⁹ o la oportuna norma de Derecho de la Unión Europea- que le confiere efectos jurídicos en el ordenamiento. Debemos tener presente que las autoridades fiscales de este Estado no realizan la liquidación del crédito tributario extranjero.

33. Esta actuación del operador jurídico tributario es diferente, pues, de la que realizan los órganos judiciales cuando aplican las normas de Derecho internacional privado. Las normas de conflicto bilaterales de esta rama del Derecho hacen que se deban aplicar normas jurídicas extranjeras. El caso de la recaudación de créditos tributarios extranjeros es, como hemos visto, del todo distinto. De todas formas, con tal recaudación, el Estado titular del crédito tributario ve cómo éste es hecho efectivo en territorio extranjero. Pero esto no implica que se pueda decir que ha sido verdaderamente aplicado Derecho Tributario extranjero.

34. Aunque un Estado no puede ejercitar su poder de imperio en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de éste, cosa distinta es la posibilidad de una organización internacional de ejercitar su poder en el territorio de los Estados miembros, en base a la atribución de competencias hecha por éstos a la organización. Y esto sucede en el caso de la Unión Europea. Así, en relación al Poder Tributario de ésta, existen unos poderes de investigación de la Comisión a través de sus propios agentes con respecto a determinados recursos propios de la Unión Europea.

35. De otro lado, existen mecanismos de asistencia entre Estados miembros de la Unión Europea en la comprobación y recaudación de los recursos propios comunitarios de naturaleza tributaria, cooperación impuesta por aquélla. En esta materia, los Estados aplican Derecho Comunitario. Así, cuando en base a los apuntados mecanismos de cooperación un Estado miembro procede a hacer efectiva la resolución de otro Estado miembro sobre recursos propios comunitarios tributarios, recaudando el crédito comprobado y liquidado por este otro Estado, aquél no realiza verdaderamente una aplicación de las normas comunitarias que establecen tales tributos. Tal aplicación es realizada verdaderamente por las autoridades tributarias del Estado miembro que liquida el crédito tributario. Aquí no nos encontramos ante una armonización de tributos estatales, sino ante una regulación por la Unión Europea de sus propios tributos.

36. Por otra parte, existen disposiciones comunitarias que imponen a los Estados el deber de cooperar entre sí en la comprobación y recaudación de tributos, aunque éstos no representen recursos propios de la Unión Europea. Pero en la asistencia en la recaudación de créditos tributarios de otros Estados miembros de la Unión Europea, tampoco se puede hablar de una auténtica aplicación de nor-

⁷ Cfr. C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, CEDAM, Padova, 1978, p. 150.

⁸ Cfr. C. SACCHETTO, "Territorialità (diritto tributario)", *cit.*, p. 323.

⁹ Cfr. el artículo 96 de nuestra Constitución.

mas tributarias de otro Estado. Basta con tener aquí presentes las consideraciones hechas *supra* sobre la cooperación entre Estados en materia de recaudación en base a un convenio internacional. Por todo ello, pues, ni en los casos de cooperación entre Estados miembros en la recaudación de los recursos propios comunitarios de naturaleza tributaria, ni en los casos de asistencia en la recaudación de los tributos de los propios Estados se puede hablar propiamente de la aplicación de Derecho Tributario extranjero.

37. Pues bien, dejando a un lado lo anterior, debemos volver sobre la cuestión de que los límites analizados en materia de territorialidad del tributo han hecho que los Estados hayan debido establecer entre ellos mecanismos de cooperación en este campo. Estas formas de cooperación no representan propiamente excepciones a tales límites a la eficacia territorial del tributo, sino mecanismos para superar estos límites, porque aquí, en estas acciones de cooperación, aunque se realicen tales actividades para favorecer la pretensión tributaria de un Estado extranjero, el Poder Tributario que se ejercita es el del Estado en el que se efectúan las actuaciones, porque son los órganos de este Estado los que ejercitan sus potestades y no órganos del Estado extranjero. Así se ayudará a conseguir que la pretensión tributaria del Estado extranjero se haga efectiva y que se cumpla lo dispuesto por las leyes tributarias emanadas en base al Poder Tributario de este Estado extranjero. Pero aquí un Estado, en base a su propio Poder Tributario, encarga a sus órganos el ejercicio de sus propias potestades en el desarrollo de las actuaciones para la cooperación, pero esto no significa que un Estado ejercite su Poder Tributario en el extranjero. En definitiva, un Estado actúa sobre su propio territorio para ayudar a otro, o sea, que no actúa el Estado extranjero, sino el Estado del territorio donde se desarrollan los actos de cooperación.

38. Cuando existen mecanismos de cooperación internacional en materia de eficacia territorial del tributo, esto no implica que el ejercicio del Poder Tributario de un Estado pueda superar los límites del territorio de este Estado e introducirse en el territorio de otro Estado, sino que solamente existe un mecanismo de cooperación internacional para superar los problemas que derivan del límite general en materia de territorialidad en sentido formal del tributo. Así pues, cuando se ejecutan o ponen en práctica los mecanismos de cooperación en materia de territorialidad en sentido formal, el Poder Tributario estatal que se ejercita es el del Estado cuyos órganos actúan, o sea, el del Estado al que se pide la cooperación y no el del Estado que la pide, Estado, este último, que es el titular de la pretensión tributaria.

39. Todo esto podría encontrar una excepción en los casos en que se permita operar en territorio nacional a un agente público tributario de un Estado extranjero, aunque solamente sea para hacer notificaciones con efectos públicos o cualquier inspección. Pero, de todas formas, también en estos casos debería existir una intervención del Estado en cuyo territorio se realizan tales actos, en cuanto este Estado debe dar su consentimiento a tales actuaciones, porque si se realizan sin tal consentimiento, en base a lo que hemos señalado en este apartado, existiría una violación de la soberanía del Estado del territorio.

V. Concepción actual de la soberanía fiscal internacional.

40. Existen autores que han definido y analizado la «soberanía fiscal» desde la perspectiva del fenómeno tributario internacional. Es decir, han estudiado este concepto a la vista de la confluencia de los Poderes Tributarios de diversos Estados sobre manifestaciones de riqueza que sobrepasan los límites territoriales de éstos, entrando así en relación estas manifestaciones con tales Poderes de distintos Estados, y, de otro lado, tomando en consideración que los Estados buscan la cooperación de otros Estados para hacer efectivas sus pretensiones tributarias, dada la movilidad de sus contribuyentes y de las rentas y patrimonios de éstos.

41. Según BÜHLER la soberanía, en principio, no tiene en el Derecho Tributario un significado distinto del que tiene en otras ramas del Ordenamiento jurídico, significado que consistiría en la facultad total y exclusiva de un Estado para desarrollar, a través de la propia voluntad manifestada frente al resto de los Estados, la competencia única que le asiste para realizar actos legislativos, ejecutivos y judiciales dentro

de su ámbito de poder territorial¹⁰. Señala BORRÁS RODRÍGUEZ que la manifestación de la soberanía que se denomina «soberanía fiscal» constituye «el poder de dictar un sistema de impuestos, sea por vía legislativa o reglamentaria, que posea una autonomía técnica en relación con los sistemas susceptibles de entrar en concurrencia con él, ejerciendo tal soberanía dentro de su ámbito de competencia territorial»¹¹.

42. Dentro de este ámbito, GARBARINO¹² hace una detallada delimitación sistemática del problema de la soberanía. Su posición la expresa señalando que allí donde se proceda a considerar la soberanía del Estado en materia tributaria en un contexto internacional, es decir, en una situación de coexistencia de más Estados titulares de una soberanía originaria y, así pues, poseedores de un ilimitado Poder impositivo, es oportuno distinguir dos conceptos generales de los que se puedan desprender consideraciones de naturaleza más estrictamente tributaria: serían, de un lado, la soberanía entendida como Poder impositivo preeminente sobre cualquier otro Poder y que se desenvuelve dentro del ámbito territorial del ordenamiento estatal; y, de otro, la soberanía entendida como independencia del Estado, destinada a desenvolverse dentro del ámbito de la Comunidad internacional, compuesta de más Estados soberanos, dotados de Poder impositivo originario. Señala este autor que, mientras desde una perspectiva interna el Poder soberano de imposición implica una supremacía del sujeto activo titular de tal Poder (el Estado) con respecto a los sujetos pasivos, desde una perspectiva externa e internacional, por el contrario, no se puede dejar de destacar que los Poderes impositivos soberanos estatales conviven en un ordenamiento de tipo paritario, cual es el ordenamiento internacional. Señala que en el contexto exclusivamente interno y estatal las normas impositivas, a través de las cuales se despliega el Poder Tributario, encuentran su validez directamente en el ordenamiento jurídico estatal que se configura como soberano, y que en el ámbito del ordenamiento internacional, por el contrario, no se reconoce ningún Poder impositivo que se despliegue directamente sobre los Estados o sobre los ciudadanos de éstos. Frente a esta idea de GARBARINO se podrían poner de manifiesto algunos aspectos del Poder Tributario de la Unión Europea.

43. Continúa GARBARINO su exposición señalando que mediante la adopción de esta doble perspectiva de investigación, que procede de los fundamentos de la soberanía de un Estado para llegar a las modalidades con que interaccionan las expresiones de la soberanía de más Estados, se reaniman dos aspectos interconexos del problema que aquí se debate: la dimensión exclusivamente interna y la dimensión externa de la soberanía. Así, destaca este autor que la soberanía del Estado -entendida en su aspecto de Poder Tributario soberano- bajo el perfil interno es el modo en el que se manifiesta el carácter autoritario del ordenamiento interno del Estado en relación a los sujetos a él sometidos, mientras, bajo el perfil externo la soberanía se inserta en el ejercicio de una plena capacidad de Derecho Internacional del Estado en materia impositiva en relación con los otros Estados.

44. En la base de la construcción de GARBARINO se encuentra la consideración de que la soberanía tributaria es una *species* del amplio *genus* constituido por los poderes que son los atributos de la soberanía del Estado. En particular, señala este autor que la soberanía se manifiesta en el poder del Estado para perseguir una política fiscal nacional que se expresa mediante normas que tienen por objeto presupuestos de hecho con elementos de extranjería. Añade que la soberanía es el fundamento sobre el que el Estado procede a desarrollar las relaciones fiscales con los otros Estados.

45. Pues bien, retomando la idea europea, destacaba SAINZ DE BUJANDA que un Estado en Europa no puede jugar un papel de protagonista en la Historia porque le falta el poder para hacerlo y le falta poder político, poder económico y poder militar; así, «ni sus fines ni sus propios medios le permiten vivir con mínima autonomía»¹³.

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 173.

¹¹ *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, Universidad de Barcelona, Secretariado de publicaciones, intercambio científico y extensión universitaria, Barcelona, 1971, p. 3. En la misma línea, véase V. GONZÁLEZ POVEDA, *Tributación de no residentes*, La Ley, Madrid, 1989, pp. 3 a 6.

¹² Cfr. C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, CEDAM, Padova, 1990, pp. 96 a 99.

¹³ De esta forma se manifestaba SAINZ DE BUJANDA en el Prólogo a la obra de D. MARTÍNEZ MARTÍNEZ *El Sistema financiero de las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, p. XII.

46. Los Estados europeos han sentido la necesidad de proceder a una integración económica que camine hacia una más profunda integración política. El proceso de integración europea recibió un gran impulso con el Tratado de la Unión Europea, integración que se intentó reforzar con el fracasado Proyecto de Tratado por el que se intentaba establecer una Constitución para Europa y, posteriormente, con el Tratado de Lisboa. La creación de las Comunidades Europeas supuso el nacimiento de un sistema de poderes cuyas relaciones con los Estados son diferentes de las que se dan con las organizaciones internacionales de simple cooperación. La Unión Europea se presenta como organización de integración, y la presencia de este tipo de organización altera de manera tal el poder que las organizaciones internacionales venían ejerciendo sobre los Estados, que también la doctrina ha reconocido una influencia de este fenómeno en el concepto y concepción tradicionales de la soberanía¹⁴.

47. Por lo que respecta a la fiscalidad de la Unión Europea, CONSTANTINESCO señalaba que toda armonización tributaria en las Comunidades Europeas llevaba necesariamente a una limitación, por reducida que ésta sea, de la «soberanía impositiva» de los Estados miembros, produciéndose así una intervención en la libertad política de éstos¹⁵. Pero aquí no debemos olvidar la perspectiva general del fenómeno comunitario, y desde este punto de vista ADONNINO destaca cómo con la adhesión a las Comunidades Europeas¹⁶ la soberanía de los Estados resulta limitada en algunos sectores, pero lo es en virtud de un proceso de autolimitación, constitucionalmente legítimo¹⁷.

48. Para TRUYOL Y SERRA la soberanía no es algo constituido por un elemento unitario que abarca e incluye todo; en concreto señala este autor la necesidad de superar la concepción que presenta la soberanía como monolítica, destacando que ésta no es un poder omnímodo de decisión; la existencia de un Derecho Internacional supone un concepto limitado de la soberanía y el aumento de la dependencia entre los pueblos hace que de hecho se vea reducido su alcance efectivo. Señala también la conveniencia de abandonar los temores y mitos que se dan con respecto a la relación entre la soberanía y la supranacionalidad; y así con las Comunidades Europeas los Estados, más que ver limitadas sus soberanías, las ponían en común, delegando en el poder de las Comunidades solamente las facultades necesarias para la eficaz gestión de los asuntos comunes¹⁸.

49. Fijándose en el paso de las concepciones tradicionales de la soberanía como idea unitaria, no susceptible de limitaciones y tampoco de ser descompuesta, a una concepción que la ve como una suma de facultades susceptible de ser dividida en sus diversos componentes, ABAD FERNÁNDEZ destaca cómo ello hace que se acepte la posibilidad de que el Estado pueda transferir alguna de sus facultades a una entidad supranacional; y señala este autor que una de las parcelas de la soberanía es la del Poder Financiero¹⁹.

50. Frente a lo discutida que es la validez del concepto de soberanía en relación al Poder Tributario en el plano interno, dicho concepto conserva una determinada virtualidad en relación al fenómeno tributario internacional. Está claro que la soberanía no se puede presentar hoy como el fundamento directo del Poder Tributario. El pueblo, titular de la soberanía popular, aprueba la Constitución y en ésta

¹⁴ Véase C.M. GIULIANI FONROUGE, *Derecho Financiero*, Volumen I, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 282.

¹⁵ “La problemática tributaria de la Comunidad Económica Europea”, *Hacienda Pública Española*, núm. 57, 1979, p. 164. Referencias a que la soberanía de los Estados se ve afectada por la armonización fiscal, se pueden encontrar también, entre otros, en C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, *Sistema tributario español y comparado*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1992, p. 927, y G. CASADO OLLERO, “Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado de la C.E.E.”, *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho presupuestario europeo*, segunda edición, Ediciones TAT, Granada, 1987, p. 60.

¹⁶ Recordemos que, como hemos visto, hoy es ya más correcto hablar de Unión Europea, pero la fecha en que escribían algunos autores explica el uso de la denominación de Comunidades Europeas.

¹⁷ “Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità”, *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, n° 1, 1993, p. 65.

¹⁸ *La Integración Europea. Idea y realidad*, Tecnos, Madrid, 1972, p. 66.

¹⁹ «El Poder Financiero de las Comunidades Europeas», *Estudios de Derecho internacional público y privado en homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, Tomo I, Universidad de Oviedo, 1970, pp. 452 y 453.

establece cuáles son las condiciones y límites en que los poderes del Estado pueden actuar en materia tributaria. Así pues, el fundamento jurídico directo del Poder Tributario reside en la Constitución.

51. Pero en la delimitación del Estado como sujeto de Derecho Internacional, la soberanía se presenta como uno de sus elementos esenciales; esto sirve para definir los poderes del Estado sobre el territorio, excluyendo las intervenciones exteriores que podrían afectar a la vida independiente del Estado y, así, también los actos que puedan tener carácter tributario. Pero también la soberanía, como elemento del Estado en cuanto sujeto de Derecho Internacional, ha cambiado, no concibiéndose hoy como algo ilimitable e indivisible, sino pudiéndose distinguir dentro de ella una diversidad de competencias. Individualizadas éstas, el propio Estado puede decidir la atribución del ejercicio de algunas de ellas a una entidad supranacional. Esto explica que los Estados hayan podido atribuir a la Unión Europea el ejercicio de competencias derivadas de sus Constituciones y, de entre éstas, el ejercicio de competencias en materia tributaria. Esto rompe con las concepciones de la soberanía del Estado como algo indivisible.

52. Está claro que un elemento esencial del Estado es su soberanía, elemento también llamado hoy independencia. La soberanía supone que el Estado ejercita su actividad en las relaciones internacionales por su propio poder y no por el de otro sujeto de Derecho Internacional, y por esto puede actuar directa e inmediatamente sobre todos los elementos que forman el Estado²⁰.

53. Señala MONACO que «la soberanía de los Estados no es otra cosa que un concepto que corresponde a una situación de superioridad de los Estados en relación a las sociedades humanas por ellos controladas y dirigidas, y no a una posición de superioridad de los Estados respecto a otros Estados de la comunidad internacional»²¹. De otro lado, destaca GARELLI que «el ejercicio de la soberanía incluye la exclusividad del territorio sobre el cual la misma se despliega»; para este autor «la territorialidad de la soberanía» se presenta como «canon» de Derecho para asegurar la eficacia de las actuaciones de los Estados²².

VI. Perspectiva territorial de la soberanía

54. Ha puesto de manifiesto DÍEZ DE VELASCO que la soberanía no se concibe hoy como un todo indivisible; la soberanía se ve hoy día como un conjunto de atribuciones y competencias. Y entre las competencias ejercitadas por el Estado se pueden encontrar competencias de carácter territorial, que hacen referencia a las cosas que se encuentran dentro de su territorio y a los hechos que en éste acaezcan, y competencias de carácter personal, que se refieren a las personas que habitan en territorio estatal, sean nacionales o extranjeros, o a personas determinadas, con independencia del hecho de que se encuentren o no en el territorio del Estado²³.

55. Vinculado a la idea de soberanía, en cuanto al contenido del poder territorial del Estado²⁴, tal poder no se concreta en un derecho sobre el territorio, sino que se manifiesta como un aspecto o comportamiento del poder general soberano del Estado mismo, que tiene por título un derecho sobre o para un territorio, pero que no tiene por objeto el territorio mismo, en cuanto el poder general soberano del Estado se desarrolla frente a todos los sujetos y a todas las cosas que se encuentran sobre un territorio. El territorio, pues, es objeto directo o indirecto del Derecho del Estado a él relativo, pero al mismo

²⁰ Cfr. M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, octava edición, Tecnos, Madrid, 1988, p. 196.

²¹ “Limiti della sovranità dello Stato e organizzazione internazionale”, *Studi di Diritto Costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 370.

²² *Il Diritto Internazionale Tributario. Parte Generale. La Scienza della Finanza Internazionale Tributaria*, Roux Frassati e C°, Torino, 1899, p. 14.

²³ *Ob. cit.*, p. 299.

²⁴ Nos guiamos aquí por la descripción que del mismo hace BISCARETTI DI RUFFIA (“Territorio dello Stato”, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, 1992, pp. 336 y 337).

tiempo se presenta como el ámbito de extensión del poder territorial, o sea, el espacio dentro del cual el mismo se ejercita establemente. El poder territorial del Estado se comporta de modo diverso según sea considerado al interno del ordenamiento estatal, o bien desde la perspectiva del ámbito internacional.

56. Desde la primera perspectiva señalada, debemos tener en cuenta el hecho de que el Estado, en su interior, en base a la soberanía que le es propia, pueda ejercitar una plena autoridad sobre todas las personas y cosas que en el mismo se encuentren, persiguiendo fines de interés general, lo que tiene como consecuencia que las normas de los ordenamientos extranjeros puedan encontrar en el mismo eficacia sólo en cuanto una norma del ordenamiento estatal reenvíe a las mismas, atribuyendo, por regla general, la aplicación de éstas a órganos propios.

57. Tomando en consideración la distinción entre el poder sobre las personas y sobre las cosas, con referencia a las primeras el poder territorial soberano del Estado encuentra una clara manifestación en la sujeción del extranjero que se encuentre en su territorio a las leyes de tal Estado. De otro lado, el Estado puede dar asilo a un extranjero en su territorio en los casos previstos por el Ordenamiento jurídico, sustrayéndolo así, en base a su propio poder soberano, a los poderes que corresponden a otro Estado sobre su persona. Por otra parte, el Estado, en el ejercicio de su poder territorial, puede también expulsar de su propio territorio a extranjeros o apátridas que no le resulten aceptables, o bien puede impedir que entren en su territorio.

58. Por otra parte, en cuanto a la actuación del poder territorial del Estado sobre las cosas, tal poder consiente a éste establecer la disciplina jurídica de éstas y de las relaciones de que son objeto, así como disponer de las mismas en los casos y forma establecidos por su Ordenamiento jurídico, haciendo uso, por ejemplo, de procedimientos de expropiación, sin perjuicio de las correspondientes indemnizaciones previstas por la ley. De otro lado, el Estado puede igualmente impedir la entrada en su territorio de mercancías, publicaciones y otro tipo de géneros procedentes del extranjero, basándose en motivaciones de diversa índole, que pueden ir desde razones de tipo sanitario a motivos de orden público.

59. En cuanto al contenido del poder territorial del Estado en el ámbito internacional, este poder se presenta como un poder natural al Estado, que propiamente no deriva al mismo del Derecho Internacional, sino que se presenta más bien como un presupuesto de hecho, sobre cuya base todo Estado puede pretender que otros Estados se abstengan de penetrar y de actuar en su territorio. Esto trae consigo, sin embargo, la consecuencia de que el Estado se convierte en responsable de todo cuanto suceda en su territorio.

60. Todo Estado como titular de un específico derecho a la propia soberanía territorial en relación a los otros sujetos de Derecho Internacional, que se plasma en el derecho a no ser impedido del ejercicio de sus poderes en su propio territorio y a no sufrir mermas en tal ejercicio, dándose así el derecho a la integridad y a la intangibilidad territorial del Estado, no pudiéndose dar la injerencia de Estados extranjeros. Junto a esto se da el derecho del Estado a repeler, con los medios de autotutela admitidos por el Derecho Internacional, todo acto de violación del propio territorio y de la propia soberanía territorial, el llamado "*ius excludendi alios*". De todo esto deriva una responsabilidad de Derecho Internacional para los Estados que violen el territorio extranjero. La sanción, cuando se incurre en tal responsabilidad, viene constituida por los actos de autotutela a que puede recurrir el Estado que ve su territorio violado o seriamente amenazado de violación y por los otros medios de garantía de la soberanía territorial previstos en los tratados internacionales.

61. Si nos fijásemos en la composición del territorio del Estado, podríamos ver cómo éste no se compone solamente de tierra firme, sino que existen además, junto a ésta, otros componentes. Además existen elementos territoriales de una más compleja calificación y condición jurídica. Entre estos elementos estaría la plataforma continental. Haciendo referencia a este elemento y a la vista del Convenio sobre la plataforma continental, hecho en Ginebra el 29 de abril de 1958, AZCÁRRAGA ha señalado que

sobre ella el Estado al que corresponde no ejercita su «soberanía», sino «derechos soberanos» a efectos de su explotación y de la utilización de sus recursos naturales, derechos caracterizados por las notas de ser exclusivos, independientes de su ocupación ficticia o efectiva y no existe necesidad ni siquiera de proclamarlos²⁵. Por otra parte, estos derechos son denominados en el artículo 77.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, «derechos de soberanía». De otro lado, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ destaca que entre la zona de plena soberanía y las zonas libres existen en el mar zonas sin soberanía plena, donde los Estados ejercitan diversas competencias²⁶.

62. Entre los diversos poderes del Estado encontramos el poder legislativo. Así pues, debemos analizar cuál pueda ser la relación entre el poder legislativo y el poder soberano del Estado sobre el territorio.

63. El principio de territorialidad del Derecho encuentra sus orígenes conceptuales cuando se verifica -desde el final del siglo XII hasta la Paz de Westfalia en 1648- el paso del Estado de asociación de personas al Estado institucional de superficie que señala el inicio de la era moderna. Este cambio encuentra aplicación práctica cuando el territorio del Estado asume importancia como espacio independiente, señalando el alcance de la eficacia del ordenamiento estatal, y junto a esto, cuando los teóricos del Estado ven como evidente que la existencia del Estado depende necesariamente de un determinado territorio. En este proceso, el poder que primero se acumulaba en el Papado y en el Imperio y luego en las señorías y en los municipios feudales, se concentra en los entes territoriales y autónomos que se presentarán como lo que hoy conocemos como Estados. La autonomía de éstos adquiere una importancia tal en la teoría del Estado que hará que se presente como elemento esencial de éste su soberanía territorial. La territorialidad de la ley se presenta como una inmediata consecuencia de la fuerza con la que se ha impuesto en la conciencia jurídica del Derecho europeo la idea de soberanía territorial²⁷.

64. Pero el principio de territorialidad comenzará su mutación y también su declive con el cambio en la concepción del Estado. Se desarrolló en el Derecho internacional la nueva concepción del Estado como Estado-nación surgido con la Revolución francesa, que se manifiesta en la exaltación de la soberanía popular en oposición al precedente absolutismo monárquico. Así las leyes no encontrarán solamente el punto de conexión con el Estado en la realización de un presupuesto de hecho en su territorio, sino que se comenzará a distinguir también una pertenencia personal al Estado de los sujetos, de manera que las leyes de éste puedan vincular a sus nacionales también por los hechos realizados en el extranjero. Con todo ello, el territorio continúa siendo base y elemento esencial del Estado. En esta evolución del principio de territorialidad, las dos fundamentales objeciones puestas a este principio son, de un lado, que la delimitación territorial del poder normativo estatal no es un principio imperativo, en cuanto la disciplina jurídica de los hechos verificados en el extranjero no comporta necesariamente la violación del territorio extranjero y, de otro, que el concepto de “territorialidad” es tan indeterminado que es imposible derivar de él consecuencias jurídicas concretas²⁸.

65. Pero, ¿el poder legislativo se puede considerar como una manifestación del poder del Estado sobre el territorio? El presupuesto de hecho de las normas jurídicas no siempre consiste en situaciones producidas en el territorio del Estado que crea la norma. Las leyes de un Estado se pueden aplicar, como sucede a través de las normas de conflicto de Derecho internacional privado, a hechos acaecidos en el extranjero pero vinculados con el Estado a través de un vínculo de nacionalidad de los sujetos inter-

²⁵ En base a esto, el Estado podrá ejercitar sobre la plataforma continental sus poderes en materia tributaria (J.L. DE AZCÁRRAGA, “El concepto de plataforma continental ante el Derecho Tributario”, *XX Semana de Estudios de Derecho Financiero, Relaciones Fiscales Internacionales*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1973, pp. 780 a 783).

²⁶ Cfr. F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “El ámbito espacial de aplicación de los impuestos españoles sobre el consumo”, *Revista española de Derecho Financiero*, nº 64, 1989, p. 532.

²⁷ Cfr. C. SACCHETTO, “Territorialità (diritto tributario)”, *cit.*, pp. 307 a 309.

²⁸ Cfr. C. SACCHETTO, “Territorialità (diritto tributario)”, *cit.*, pp. 309 y 310.

vinientes en la correspondiente situación. Así encontramos casos de hechos producidos en un Estado relativos a sujetos de otro Estado y que son regulados por la ley de este último. Entonces, ¿estos casos implicarían que el poder de crear normas jurídicas no es una manifestación del poder territorial?

66. En relación a las normas jurídicas, en el Estado se pueden encontrar el poder de su creación y el poder de su aplicación. Su aplicación se presenta, sin duda, como una manifestación del poder soberano del Estado sobre su territorio. Si un Estado aplica una decisión de poder en territorio extranjero, en principio, estaría violando el Derecho Internacional. La aplicación de decisiones de poder en territorio extranjero sólo se puede dar en el marco de la cooperación internacional entre Estados. El Estado en cuyo territorio se aplica una medida de poder, ha tenido que aplicarla él mismo o haber dado su consentimiento para su aplicación por órganos de otro Estado.

67. Si pensamos en el poder de creación normativa, y en relación a los casos conflictivos mencionados *supra*, debemos tener presente que si un Estado decide, a través de sus normas de conflicto, que sus leyes se apliquen a sus nacionales por hechos acaecidos en el extranjero, lo está decidiendo en normas -las mencionadas normas de conflicto- a aplicar sobre el propio territorio, que toman como presupuesto la existencia de un conflicto de Derecho presentado ante sus órganos. Y cuando en base a las normas de conflicto de un Estado se debe dar aplicación a los nacionales de otro Estado de la ley de su Estado aunque por hechos no acaecidos en el territorio de éste, el fundamento de esta aplicación normativa se encuentra en el poder del Estado en el que se aplica.

68. Además, cuando un Estado toma como presupuesto de hecho de normas suyas que no sean de conflicto, sino normas materiales, hechos no acaecidos en su territorio relativos a sus nacionales, está de todas formas estableciendo en estas normas unas consecuencias jurídicas a aplicar sobre el propio territorio. Son normas en las que el presupuesto de hecho toma en consideración el elemento extranjero y que son creadas por el Estado pensando en su aplicación en su territorio por sus órganos.

69. Es más, desde la perspectiva tributaria, sobre el concepto de nacionalidad se ha impuesto principalmente el concepto de residencia en el gravamen de las rentas y patrimonio mundiales del sujeto pasivo.

70. En el poder de crear normas no se puede pensar sin la existencia de un Ordenamiento jurídico; en un Ordenamiento jurídico no se puede pensar sin un Estado, porque las normas de los entes territoriales inferiores que se forman dentro del territorio estatal se integran en el ordenamiento del Estado y los ordenamientos de las organizaciones supranacionales encuentran aplicación en los Estados porque éstos han dado su consentimiento para ello; y un Estado no puede existir sin territorio, dado que éste es un elemento esencial para ello. Y no se puede pensar en un Ordenamiento jurídico sin pensar en la aplicación de sus normas, pensando solamente en la creación de éstas, porque sería un sistema inservible en cuanto que no podría ser eficaz. Así, no se puede separar totalmente tampoco el poder de creación normativa del Estado de su poder sobre el territorio.

71. Señalaba SAINZ DE BUJANDA que los casos en que un Estado pierde la soberanía sobre una parte de su territorio por un acuerdo internacional o por simple ocupación material, son casos donde el Estado ocupante puede declarar la invalidez o la ineficacia de las leyes del precedente Estado²⁹. Esto nos hace ver hasta qué punto el poder de creación normativa se une necesariamente al poder soberano del Estado sobre el territorio.

²⁹ Cfr. F. SAINZ DE BUJANDA, *Lecciones de Derecho Financiero*, octava edición, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1990, p. 53.

VII. Sobre la existencia o no de un Principio de Derecho Internacional General relativo a la cooperación internacional en la aplicación de los tributos

72. Hemos visto cómo un Estado no puede actuar su pretensión tributaria en el territorio de otro sin el consentimiento de este último, mediando normalmente para ello un convenio internacional o una norma de Derecho de la Unión Europea, a la que en su día daría el Estado su visto bueno, dada la regla de la unanimidad entre Estados miembros en la producción normativa comunitaria de naturaleza tributaria. Pero debemos plantearnos cuál sería la posición jurídica del Estado en caso de ausencia de tales textos normativos internacionales. A tal efecto debemos plantearnos si podría existir en tal sentido alguna norma de Derecho Internacional General.

73. Habla MARESCA de la inexistencia de un principio de no colaboración en la actuación de ordenamientos extranjeros impuesto por el Derecho Internacional. Destaca este autor que uno de los argumentos que tradicionalmente se han invocado para negar relevancia al Derecho Público extranjero y para «reforzar» la exclusividad de las valoraciones publicísticas del foro se fundamenta en el «principio de no colaboración», por muchos autores referido particularmente al tema de la fiscalidad, pero aplicable, según ellos, a cualquier situación de carácter publicístico; tanto que, no se han limitado a sacar la conclusión de que un Estado no estaría obligado, sino que, incluso, no podría dar efecto o ejecución a actos y/o peticiones procedentes de otra jurisdicción que opere en virtud de sus poderes estatales soberanos. Señala MARESCA que esta teoría no puede ser acogida, ante todo, porque es sabido que peticiones de colaboración constituyen la praxis del Derecho Internacional, sea en el caso en que las mismas se dirigen a garantizar formas de asistencia judicial, sea cuando se trate de recaudar tributos en el extranjero e incluso cuando el objetivo sea el de penalizar a los responsables de delitos para los que es competente el Estado peticionario³⁰.

74. Añade MARESCA a sus razonamientos en este tema que justamente los contenidos de los acuerdos de colaboración y asistencia en materia civil, penal y tributaria claramente demuestran cómo los Estados contratantes consienten cada vez mayores espacios a la aplicación del Derecho Público -incluso tributario y penal- extranjero. Pero además, un examen de tales acuerdos convence de que los principios sobre los que se basa el nacimiento del deber de colaboración en el foro en relación al Derecho Público extranjero, son los mismos que se evidencian en la práctica internacional relativa a la atribución de efectos en el foro al Derecho Público extranjero. Entre los mismos merece ser recordado en particular el principio de conformidad de los valores tutelados, en virtud del cual la colaboración del Estado asistente es debida sólo cuando el Derecho Público extranjero que se pone de relieve tutela intereses compartidos también en el foro al mismo nivel o por la generalidad de Estados. A continuación, este autor señala que, en segundo lugar, es necesario subrayar que la ejecución en el foro de derechos de carácter público extranjeros, o la aplicación en el foro del Derecho Público de la economía extranjero, depende del Estado del foro y del modo de ser de su ordenamiento. Señala este autor que, en esencia, si es verdad que el Derecho Público económico extranjero es idóneo para integrar el Derecho del foro en virtud del reconocimiento al mismo de efectos extraterritoriales, no cabe duda de que ello depende únicamente del Derecho interno y que es del todo ajena al respecto cualquier valoración del Derecho Internacional espontáneo, en el sentido de que el Derecho Internacional se desinteresa de lo que prescribe el ordenamiento de cada Estado nacional en relación a la aplicación en el foro del Derecho extranjero³¹.

75. El planteamiento de este autor, que hace referencia al Derecho Público en general -aunque destaca el fenómeno tributario-, parte a nuestro entender de consideraciones correctas. Pero, como ya hemos señalado, en los mencionados casos de cooperación en materia tributaria, no se puede decir, a nuestro entender, que exista una verdadera y propia actividad de aplicación del Derecho Público extranjero, aunque se realicen actos en territorio extranjero tendentes a hacer efectiva la correspondiente pretensión tributaria. Así, para nosotros no existe un principio o norma de Derecho Internacional General

³⁰ Cfr. M. MARESCA, *Conformità dei valori e rilevanza del Diritto pubblico straniero*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 144.

³¹ Cfr. M. MARESCA, *ob. cit.*, pp. 144 y 145.

que prohíba que un Estado coopere con otro en la aplicación de los tributos de este último y que realice para ello actos en su territorio. Esto se demuestra con los ejemplos existentes de cooperación entre Estados en este ámbito. Tales ejemplos demuestran que los Estados no se sienten obligados por tal hipotética norma de Derecho Internacional General, norma que no existe. Además, sería contrario al estado actual de evolución del Derecho Internacional y de la Sociedad Internacional considerar cerradas, por el propio Derecho Internacional, vías a la cooperación internacional entre Estados.

76. Pero, de otro lado, debemos preguntarnos si exista una norma de Derecho Internacional General que obligue a los Estados a cooperar entre ellos en la aplicación de los tributos extranjeros. Hablando también aquí en sede general y no específicamente tributaria, señala al respecto MARESCA que ningún Estado podrá ser obligado -si no es en virtud de acuerdos internacionales- a colaborar con soberanías extranjeras a través de la aplicación en el foro de las órdenes impartidas por tales soberanías. Y es justo por este motivo por el que señala que no puede reconstruirse, sobre la base del Derecho Internacional, un principio positivo de colaboración³².

77. Hablando ya en sede específicamente tributaria, MICHELI señala que el acto de imposición, como manifestación de la soberanía del Estado que lo dicta y que pide a un Estado extranjero cooperación en su recaudación, es reconocido por el Estado en el que debe ser actuada la tutela -que este autor califica de jurisdiccional³³-, en virtud de un principio por el cual en la comunidad de los Estados el reconocimiento de la soberanía constituye el presupuesto de la misma comunidad. Señala este autor que el reconocimiento de la soberanía de los Estados que forman parte de la comunidad, determina la necesidad, para todos los otros Estados pertenecientes a la comunidad misma, de respetar el ejercicio de la actividad de imperio de todo otro Estado, sin con esto tener que aceptar la eficacia imperativa del concreto acto administrativo extranjero. Presenta el acto de imposición extranjero como un acto que es tomado en consideración como productivo de una obligación a cargo del particular, la obligación de pagar una suma de dinero, obligación que, como cualquier otra, siempre que no esté en contradicción con los principios del orden público, es susceptible de tutela jurisdiccional, dentro de los límites en que cada concreto ordenamiento admite esta tutela. Destaca que por tanto el juez no podrá reconocer esta tutela a una obligación tributaria en favor de un Estado extranjero, cuando derive de un acto de imposición en contradicción con los principios fundamentales del Estado al que el juez pertenece y así, por ejemplo, un acto de imposición que representase en realidad una medida punitiva y discriminatoria en relación a algunos sujetos se encontraría en contradicción con las normas constitucionales³⁴.

78. También señala MICHELI que como el deber de pagar el tributo se vincula al principio constitucional de solidaridad entre los sujetos sometidos a la soberanía del Estado, en la Comunidad Internacional constituye una exigencia fundamental que cada Estado reconozca las necesidades vitales de los otros Estados, destacando que qué mejor medio para expresar la propia soberanía que el reconocer la libertad y soberanía de los otros Estados. Termina MICHELI señalando que de este planteamiento deriva una regla de cooperación también en materia tributaria, que se concreta en el ayudarse unos Estados a otros para poder realizar plenamente el Poder impositivo, cuyo ejercicio constituye la vía principal a través de la cual el Estado moderno puede conseguir los medios para continuar existiendo, desarrollando sus propias actividades institucionales³⁵.

79. Pero, de otro lado, al interrogante de si la concesión de cooperación a autoridades extranjeras en la comprobación de créditos tributarios pueda vincularse a deberes de Derecho Internacional General, STEVE responde que no puede sostenerse la existencia de deberes de Derecho Internacional General en este punto, dado que para poder hacer tal afirmación sería necesario que los Estados que rechazasen

³² Cfr. M. MARESCA, *ob. cit.*, p. 145.

³³ Frente a lo que hay que señalar que, en principio, se tratará de cooperación administrativa.

³⁴ Cfr. G.A. MICHELI, "Problemi attuali di Diritto tributario nei rapporti internazionali", *Diritto e Pratica Tributaria*, Parte I, 1965, p. 220.

³⁵ Cfr. G.A. MICHELI, "Problemi attuali di Diritto tributario nei rapporti internazionali", *cit.*, p. 229.

cooperar fuesen considerados como violadores de un deber internacional, lo que se contradice plenamente con las condiciones actuales, en las cuales la cooperación aparece todavía como una concesión meramente discrecional de los concretos Estados, debida a razones de cortesía y de interés práctico, y que presupondría realizadas muchas condiciones, dirigidas a eliminar prejuicios políticos y económicos para el Estado concedente. Y así este autor concluye que las normas que establecen la cooperación en la comprobación y la actividad desarrollada a este fin son internacionalmente relevantes sólo cuando sean realizadas en ejecución de un tratado internacional, e irrelevantes en cualquier otro caso³⁶.

80. Por otra parte, PAONE destaca que la colaboración con otro Estado para la realización de los actos necesarios para la recaudación de los créditos tributarios de éste no es algo a lo que obligue ninguna norma consuetudinaria internacional. Destaca que en materia tributaria existen solamente manifestaciones netamente opuestas a la presencia de una norma de tal especie, pudiendo encontrarse referencias implícitas en este sentido de los mismos Estados que, al crear normas prácticas sobre este punto, reconocen la inexistencia de tal norma general³⁷.

81. Pues bien, a nuestro entender, no existe un principio de Derecho Internacional General o una costumbre internacional que obliguen a los Estados a cooperar en la aplicación y recaudación de los tributos extranjeros. Si existiese tal norma no serían necesarios los convenios internacionales y otros textos internacionales -piénsese en los textos normativos de Derecho derivado de la Unión Europea- que establecen mecanismos de cooperación en esta materia. Pero también se podría pensar que tales convenios internacionales naciesen para dar seguridad jurídica en la materia, codificando una costumbre internacional que ya existiese al respecto.

82. Pero en la comparación de estos dos argumentos distintos y vista la fuerte caracterización territorial del Derecho Tributario, no se puede afirmar que los Estados se sientan obligados por tal hipotética costumbre internacional. Y todavía más, un Estado no podría aceptar siempre los actos tributarios de otro Estado, sin cuestionarse ciertos aspectos relativos a los mismos. Así, un Estado debería tener cierta libertad para juzgar desde sus principios constitucionales y perspectivas de política socio-económica vigentes en el mismo en el momento en que se debiese exigir el crédito tributario extranjero, dado que corresponde a este Estado determinar los límites en materia de ejecución, sobre todo cuando el montante resultante de ésta debería entregarse a un Estado extranjero.

83. Por todo esto, somos de la opinión de que los Estados deben ser considerados libres -y por tanto no vinculados por un deber de Derecho Internacional General- para desarrollar o no tal cooperación, excepto cuando exista una norma de Derecho Internacional Convencional o de Derecho de la Unión Europea que imponga tal deber. De todas formas, debemos reconocer que tal cooperación es muy conveniente, deseable y conforme con el espíritu de cooperación que debe darse en la Sociedad Internacional. Y el hecho de que los Estados no estén obligados a cooperar en esta materia no quita que puedan hacerlo.

VIII. Reflexiones finales

84. Después de unos reiterados esquemas en la lucha contra el fraude fiscal a nivel internacional, deberíamos empezar a pensar con una visión de futuro mucho más innovadora, cuando ya llevamos recorrida más de una quincena del “nuevo” siglo³⁸. La lucha contra el fraude tributario internacional

³⁶ Cf. S. STEVE, “Sulla tutela internazionale della pretesa tributaria”, *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Parte I, 1940, p. 263.

³⁷ Cf. P. PAONE, “Osservazioni sulla possibilità di uno Stato di esigere crediti tributari all'estero”, *Rassegna Mensile dell'Avvocatura dello Stato*, nº 4, 1953, p. 78.

³⁸ En este sentido véase F.A. GARCÍA PRATS, “La cooperación administrativa internacional en materia tributaria en los albores del siglo XXI”, *Revista de Información Fiscal*, nº 71, 2005, p. 81. En esta línea véanse también, entre otros, J.M. CALDERÓN CARRERO y A. MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Las normas antiparaiso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: el caso

realizado a través de los paraísos fiscales en cierta medida no ha alcanzado las expectativas que habían generado los instrumentos puestos en marcha por la Unión Europea y la OCDE. Incluso, ante tal dinámica, tampoco parece que el Convenio multilateral de asistencia administrativa mutua en materia fiscal pueda resolver considerablemente el problema, a pesar de las expectativas que también había generado³⁹. ¿Cómo actuar ante la soberanía de los paraísos fiscales, a tales efectos?

85. Que no se pueda mantener jurídicamente en puridad de conceptos que exista un principio de Derecho Internacional General que obligue a los Estados a cooperar en materia tributaria cuando no exista convenio internacional al efecto, no quiere decir que a nivel global o mundial no puedan establecerse desde Naciones Unidas unas líneas de actuación que obligasen en tal sentido, pensando esencialmente en los Estados que son paraísos fiscales, de tal forma que la actuación de los mismos pueda ser considerada contraria al sentir y parecer de dicha organización internacional global, con las consecuencias que ello puede conllevar.

86. En el capítulo 1 “Propósitos y principios” de la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, debemos fijarnos en el punto 3 del artículo 1 donde se presenta, entre otros, como uno de los propósitos de Naciones Unidas «realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico». Esto podría amparar una actuación de Naciones Unidas en el sentido expuesto. La OCDE y la Unión Europea no han terminado de conseguirlo; entendemos que es ahora el turno de Naciones Unidas.

87. En la línea apuntada, la doctrina italiana tradicionalmente ha tenido una especial capacidad para afrontar la conceptualización de la fenomenología tributaria internacional, aplicando la tradición de los grandes pensadores del Derecho Tributario. Ahora bien, con la sobredimensión que ha alcanzado la fiscalidad internacional, ni incluso la doctrina italiana ha sabido mantener el nivel de sus pioneros en la construcción dogmática del Derecho Internacional Tributario, sin perjuicio de, no obstante, haber seguido surgiendo en Italia importantes obras de la misma en este ámbito temático. Es como si estando una estructura ya muy avanzada, antes de terminarla, la atención doctrinal se hubiese dedicado a rellenar simplemente los elementos más visibles de esa estructura, aún incompleta. Llega el momento, pues, de retomar esas grandes líneas que abrió la doctrina italiana del Derecho Internacional Tributario en su día.

88. Llegados a este punto habría que replantearse si ha llegado el momento de intentar retomar la posible virtualidad de los principios generales del Derecho Internacional en su proyección tributaria y redimensionar el sentido de los mismos.

89. No sólo en relación a los principios generales del Derecho Internacional Tributario, en su dimensión de delimitador del alcance territorial del Poder y de las potestades tributarias y de los problemas conectados a los mismos, sino incluso más allá del Derecho Internacional, a nivel de Derecho Constitucional Tributario, la doctrina italiana prestó especial atención a los principios constitucionales de justicia tributaria en relación a la no residencia *versus* la residencia y a la extranjería *versus* la nacionalidad, lo cual puede ser muy clarificador igualmente en relación no sólo al alcance del Poder del Estado frente a otros Estados, sino también al Poder del Estado en relación a los sujetos vinculados o conectados al mismo de muy distinta forma y en muy distinto grado; en relación a los distintos tipos

específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Crónica Tributaria*, nº 111, 2004, p. 41, y E. ANDRÉS AUCEJO, “La interpretación de los Convenios Bilaterales para evitar la Doble Imposición a la luz de las modificaciones «sustantivas» del MC OCDE y sus comentarios en materia de intercambio de información: Incidencia de la Directiva Comunitaria 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad”, *Fiscalidad y globalización*, 2012, pág. 697.

³⁹ En años más próximos, véase el Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014 (BOE de 13 de agosto de 2015). El intercambio de información ha evolucionado mucho más en materia de cuentas bancarias, que en materia de datos relativos a sociedades, especialmente sobre sus socios, siendo una materia aún por desarrollar y abierta todavía en gran medida al fraude a través de paraísos fiscales.

de contribuyentes, el alcance del Poder Tributario en relación a los mismos, no se debe analizar sólo desde la perspectiva del Derecho Internacional Tributario, sino también desde la perspectiva del Derecho Constitucional Tributario. Y, por ejemplo, con un análisis en profundidad desde las perspectivas apuntadas, seguramente tendríamos que terminar considerando que el poder tributario del Estado ante el traslado de la residencia a un paraíso fiscal, no sólo se podría dar en relación a los sujetos de nacionalidad española, tal y como sucede actualmente -aunque sea durante un concreto período de tiempo-, sino que incluso, ni desde la perspectiva del Derecho Internacional, ni desde la perspectiva del Derecho Constitucional, habría inconveniente en que se pudiese establecer también en relación a los extranjeros que han residido en España y, así, en función de ello han estado integrados en nuestra sociedad, con la consiguiente responsabilidad social tributaria que ello conlleva y de la que uno no puede prescindir en el momento en que le interese⁴⁰; otra cosa distinta será la mayor o menor dificultad para hacerlo efectivo.

90. Por ello, el análisis de todos esos posibles límites existentes o inexistentes desde la perspectiva del Derecho Internacional o Constitucional Tributario nos puede dar la pauta y los parámetros de hasta dónde se podrían ampliar nuestras leyes tributarias actuales para actuar más rigurosamente contra el fraude fiscal; decimos rigurosamente, no sólo en el sentido de mayor intensidad, sino también en el sentido de un mayor rigor jurídico.

91. De otro lado, los paraísos fiscales no deberían ser tomados en consideración sólo en relación a la tradicional problemática que representan para el intercambio de información con trascendencia tributaria entre Estados, sino también por los problemas que conllevan para la cooperación internacional en materia de recaudación de créditos tributarios extranjeros.

92. La cooperación administrativa y la asistencia mutua en materia fiscal representan hoy día la regla y no la excepción dentro de la práctica jurídica de la Comunidad Internacional. Pero si el deber de colaboración entre Estados en tal sentido no termina de ser entendido como una norma o principio de Derecho Internacional General, la situación jurídica de los paraísos fiscales no podrá cambiar sustancialmente. Como hemos apuntado, en este debate de definición jurídica internacional debe jugar un papel esencial Naciones Unidas, que no ha actuado hasta la fecha en este campo con toda la intensidad necesaria.

⁴⁰ Sobre las distintas perspectivas de la solidaridad en el sostenimiento de los gastos públicos a través del Sistema tributario que podría afectar a residentes y no residentes y a nacionales y extranjeros, véase G. LOMBARDI, "Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria", *Temì tributaria*, 1964, pp. 597 y 606-607.

LA FUNDAMENTACIÓN ECONÓMICA DEL FORO ESPECIAL EN MATERIA CONTRACTUAL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 7.1 B) GUIÓN PRIMERO DEL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

THE ECONOMIC RATIONALE OF THE GROUND OF JURISDICTION ON CONTRACTUAL OBLIGATIONS ESTABLISHED IN ARTICLE 7.1 B) BRUSSELS I REGULATION

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

*Abogada colegiada ejerciente del ICAMUR
Doctora en Derecho*

Recibido: 11.07.2016 / Aceptado: 22.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3260>

Resumen: El presente trabajo demuestra que el foro especial por razón de la materia contenido en el artículo 7.1 b) del Reglamento Bruselas I bis es un foro que cumple a la perfección con dos de los principios fundamentales de este Reglamento: el principio de proximidad y el de previsibilidad. De ese modo, resulta ser un foro que facilita la precisión del tribunal competente para las partes implicadas en un litigio. Este foro gira en torno al lugar de situación de la cosa objeto del litigio: se litiga donde las partes han decidido que la cosa objeto de la compraventa debe ser entregada. Se trata de un foro que no responde a la idea de soberanía territorial, sino a la idea de eficiencia para los particulares. Litigar en dicho país significa litigar al coste más reducido posible para ambas partes. Ello potencia la conclusión de contratos internacionales y el intercambio transfronterizo de bienes.

Palabras clave: competencia judicial internacional, principio de proximidad, buena administración de la justicia, acceso a la justicia, materia contractual, compraventa internacional, mercaderías, lugar de entrega.

Abstract: The present work demonstrates that the ground or jurisdiction on contractual obligations established in Article 7.1 b) of the Brussels I bis Regulation fits perfectly with two of the fundamental principles of this Regulation: the principle of proximity and the principle of predictability. Thereby, it turns out to be a ground of jurisdiction that makes the determination of the competent court for the parties easier. Article 7.1 b) of the Brussels I bis Regulation concentrates litigation in the hands of the court of the Member State corresponding to the place where the thing which is the subject of the contract and the legal dispute is located. Thus, the parties should litigate before the court of the place where the thing subject of the sale should be delivered under the contract. This ground of jurisdiction does not reflect the idea of the State territorial sovereignty, but to the idea of efficiency for the parties. Litigation before those courts reduces costs for both parties and promotes the conclusion of international sale of goods and the cross-border exchange.

Keywords: international jurisdiction, proximity principle, sound administration of justice, access to justice, contractual matters, international sale of goods, place of delivery of the goods.

Sumario: I. Introducción. II. Significado del foro especial por razón de la materia del artículo 7.1 b) guion primero en el Reglamento Bruselas I bis. III. Fundamento jurídico privado del foro del artículo 7.1 b) guion primero del Reglamento Bruselas I bis. IV. La auténtica clave del fundamento económico del foro de competencia judicial internacional contenido en el artículo 7.1 b) del Reglamento Bruselas I bis: el poder de la cosa: “vis rei”. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El presente trabajo tiene como objetivo abordar el estudio de la fundamentación económica del foro especial por razón de la materia contenido en el artículo 7.1 b) guion primero del Reglamento 1215/2012 de 20 de diciembre de 2012¹. (= Reglamento Bruselas I-bis) que resulta operativo para el contrato de compraventa internacional de mercaderías. El examen de este foro se realiza desde el punto de vista de los costes de la litigación internacional y se proyecta sobre los preceptos citados y sobre la jurisprudencia que el mismo ha generado, en especial, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es, sin duda, al decir de G. BROGGINI, un tema clásico del Derecho internacional privado con los ropajes modernos del Derecho internacional privado de la UE².

2. Como es bien sabido, en relación con las situaciones privadas internacionales, en un primer momento es necesario identificar qué órganos judiciales o autoridades serán los competentes para resolver las controversias que se deriven de dichas situaciones. Y en un momento posterior se determinará el Derecho aplicable a la situación internacional. Pues bien, como ha precisado G. RÜHL, uno de los más seguidos TT (= *Trending Topic* o “tendencia del momento”) en el fascinante mundo del Derecho internacional privado, es el relativo a los “costes de la litigación internacional”³. Se trata de un auténtico TT cuyo carácter como tal puede observarse desde tres puntos de vista.

3. En primer lugar, desde el punto de vista legislativo. En efecto, el mismo legislador, y en concreto, el legislador europeo, ya ha aludido expresamente al concepto en el Reglamento (CE) N° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo⁴. El Considerando (9) de dicho Reglamento se refiere al concepto⁵. También lo hace el art. 1.1 letra a) del Reglamento citado⁶. Del mismo modo, los costes de la litigación internacional son contemplados por el Reglamento (CE) N° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía⁷. En efecto, el Considerando (7) y sobre todo el Considerando (8) de dicho Reglamento y, en menor medida el Considerando (36) del mismo, aluden al “precio de litigar” en los asuntos judiciales transfronterizos. Ese “precio de litigar” son los también llamados “costes de la litigación internacional”⁸. También el art. 1 del citado Reglamento se refiere al concepto⁹.

¹ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición). Diario Oficial de la Unión Europea de 20 de Diciembre de 2012. L 351. En adelante “Reglamento Bruselas I bis” o bien “RB I-bis”.

² G. BROGGINI, “Il forum solutionis: passato, presente e futuro”, *RDIPP*. 2000, pp. 15-28.

³ G. RÜHL, “*Statut und Effizienz*”, Mohr Siebeck Tübingen, 2011, 165-169.

⁴ DOUE L 399 de 30 diciembre 2006.

⁵ Cons. (9): “*El objeto del presente Reglamento consiste en simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados, mediante el establecimiento de un proceso monitorio europeo, y en permitir la libre circulación de los requerimientos europeos de pago a través de todos los Estados miembros, mediante el establecimiento de normas mínimas cuya observancia haga innecesario un proceso intermedio en el Estado miembro de ejecución con anterioridad al reconocimiento y a la ejecución...*”.

⁶ Artículo 1.1.a) Reglamento (CE) N° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 399 de 30 diciembre 2006): “*1. El presente Reglamento tiene por objeto: a) simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados, mediante el establecimiento de un proceso monitorio europeo (...)*”.

⁷ DOUE L 199 de 31 julio 2007.

⁸ Cons. (7): “*Numerosos Estados miembros han introducido en su ordenamiento procesos civiles simplificados para las demandas de escasa cuantía, ya que los costes, retrasos y complicaciones relacionados con las acciones judiciales no disminuyen necesariamente de manera proporcional al valor de la demanda. Los obstáculos para la obtención de una sentencia rápida y poco costosa aumentan exageradamente en los asuntos transfronterizos. Por todo ello es necesario establecer un proceso europeo para demandas de escasa cuantía («proceso europeo de escasa cuantía»). | El objetivo de dicho proceso debe consistir en facilitar el acceso a la justicia (...) Es conveniente que se hagan públicos los pormenores de los costes que han de pagarse y que los medios para establecer dichos costes sean transparentes*”. Cons. (8): “*El proceso europeo de escasa cuantía debe simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos, reduciendo los costes mediante un instrumento opcional que se añada a las posibilidades ya existentes en la legislación de los Estados miembros, que deben seguir inalteradas (...)*”. Cons (36): “*Dado que el objetivo del presente Reglamento, a saber, el establecimiento de un proceso para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos y para reducir los costes, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones y los efectos del presente Reglamento, puede lograrse mejor a escala comunitaria, la Comunidad puede adoptar...*”.

⁹ Artículo 1 Reglamento (CE) N° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se

4. En segundo lugar, desde el punto de vista doctrinal, diversos autores se han referido a los “costes de la litigación internacional” como un elemento clave en el diseño y función de los foros de competencia judicial internacional¹⁰. La tutela judicial efectiva, cuya regulación matriz se recoge en los artículos 24 de la Constitución Española de 1978 y 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950, consiste en garantizar a los particulares un “acceso económico a la Justicia” también en los casos conectados con diversos Estados, esto es, en los “casos internacionales”¹¹. El Derecho Internacional Privado debe proporcionar a los particulares la posibilidad de acudir a unos concretos tribunales estatales ante los cuales la litigación internacional les comporta unos costes reducidos, unos “costes reducidos de litigación internacional”, explica T. KONO¹². La posibilidad de acudir a tribunales estatales “próximos al litigio” significa la posibilidad de una “litigación internacional a coste reducido”. Si los particulares tuvieran que litigar ante tribunales de países “no conectados” con el litigio, los costes de transacción derivados de litigar ante tales tribunales, esto es, los “costes de litigación internacional”, serían enormes para tales particulares: se penalizaría el intercambio internacional y la “vida internacional” de los particulares. Litigar ante tribunales de un Estado que presenta una vinculación suficiente con el litigio, resul-

establece un proceso europeo de escasa cuantía: “Objeto. El presente Reglamento establece un proceso europeo para demandas de escasa cuantía (en lo sucesivo, el «proceso europeo de escasa cuantía»), con el fin de simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos y de reducir los costes. Los litigantes podrán recurrir al proceso europeo de escasa cuantía como alternativa a los procesos previstos por la legislación de los Estados miembros”.

¹⁰ Debe admitirse que el auténtico precursor en este enfoque, en España, es el estudio de F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Dcho. Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Univ. País Vasco, pp. 88-154. *Vid.* también, M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20. Igualmente, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, 1995, pp. 11-39; *Id.*, “El coste de la Ley Helms-Burton para las empresas españolas”, *Derecho de los Negocios*, Año 7, nº 72, 1996, pp. 13-27; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 12ª ed., Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 14, 39, 129, 130, 197-202, y 242; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Règle de conflit et théorie économique”, *RCDIP*, 2012, pp. 521-538. Este punto de vista ya había sido adoptado por un amplio sector de la doctrina extranjera, si bien casi exclusivamente referido al sector de los “conflictos de Leyes” y no de la “competencia judicial internacional”. *Vid. ad ex.*: E. A. O’HARA, “From Politics to Efficiency in Choice of Law”, en E.A. O’HARA (edited by), *Economics of Conflict of Laws*, volume I Cheltenham, UK, Horthampton, MA, USA, 2007, pp. 212-293, esp. p. 212; A.T. GUZMAN, “Choice of Law: New Foundations”, en E.A. O’HARA (edited by), *Economics of Conflict of Laws*, volume I Cheltenham, UK, Horthampton, MA, USA, 2007, pp. 294-351; K. SIEHR, “Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts”, *Festschrift für K. Firsching*, Munich, C.H.Beck, 1985, pp. 269-289; H. MUIR WATT, “Aspects économiques du droit international privé”, *RCADI*, 2004, t. 307, pp. 29-383, esp. p. 127, así como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, *passim* y la bibliografía allí citada.

¹¹ Art. 24 de la Constitución Española de 1978: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. | 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. | La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. Art. 6 del 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): “Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. | 2 Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. | 3 Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: | a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; | b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; | c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; | d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocatoria e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; | e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

¹² T. KONO, “Efficiency in Private International Law”, *RCADI*, vol. 369, 2014, pp. 350-355.

ta adecuado para ambas partes. En efecto, demandante y demandado pueden prever, con la misma dosis de certeza y costes reducidos de litigación internacional, qué tribunales de qué Estado pueden conocer del litigio. El principio de vinculación suficiente asegura, por tanto, el “*equilibrio entre demandante y demandado*” (S. CLAVEL)¹³. Por otra parte, la igualdad de armas en el proceso y el acceso libre y abierto a la jurisdicción constituyen, subraya L. MARI, una exigencia de Justicia en el mundo contemporáneo inspirada por el respeto a los derechos humanos¹⁴.

5. En tercer lugar, desde la perspectiva jurisprudencial, los tribunales españoles comienzan a tomar conciencia del “precio de litigar” en el escenario internacional. Tres ejemplos bastarán.

6. Así, en el AAP Barcelona 3 mayo 2011, razonamiento jurídico segundo [arrendamiento de inmueble] [ponente Sr. D. Luis F. Carrillo Pozo], el juzgador indica que (subrayados añadidos): “*En toda ordenación del sistema de competencia confluyen intereses de profunda implicación constitucional, estando en juego el modo de poner en funcionamiento el derecho al juez natural y por ello el derecho a la tutela judicial efectiva: Sin normas claras, equilibradas y razonables no hay verdadera tutela, mientras que del lado pasivo, es claro que su falta puede generar situaciones de indefensión. Pero, además de estas preocupaciones, las normas de distribución del volumen de competencia ad intra de la jurisdicción española tienen una función económica indudable: Para el privado se trata de permitir la planificación (el cálculo anticipado del coste de litigar); para la administración de justicia, de repartir el trabajo de modo racional (...)*”¹⁵.

7. Un segundo ejemplo está constituido por el AAP Soria 16 julio 2010¹⁶, razonamiento jurídico segundo [menor con residencia habitual en Brasil], en el que el juzgador señala que (= subrayados añadidos): “*Declara el Tribunal Constitucional que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial, que enuncia el artículo 24.1 C.E., consiste en el acceso a la jurisdicción, puesto que todos tienen derecho a que un Tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteados ante él, salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental. Y se añade que la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio pro actione que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales (...). En tal sentido, y en lo que concierne a las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional (esto es, de los supuestos en lo que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de la resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho Internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción del Estado), sigue afirmando el Tribunal Constitucional que tales reglas responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte a que a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso*

¹³ S. CLAVEL, *Droit international privé*, Hypercours Dalloz, Paris, 2009, pp. 170.

¹⁴ Vid. L. MARI, “*Equo processo e competenza in materia contrattuale*”, Liber Fausto Pocar, 2009, pp. 673-684. Se trata, en realidad, de una reivindicación doctrinal que se ha manifestado ya desde hace años con aquilada solidez, como muestran las aportaciones de Y. LOUSSOUARN, “L’Etat et la compétence juridictionnelle internationale”, *Mélanges offerts a R.D. Kollwijn / J. Offerhaus*, Leiden, Sijthoff, 1962, pp. 318-323; G. BASEDOW, “Les conflits de juridictions dans la réforme du droit international privé allemand”, *RCDIP*, 1987, pp. 77-99; D.W. BOWETT, “Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes”, *RCADI*, 1983, vol. 180, pp. 169-236; L. USUNIER, “La compatibilité de l’article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux?”, *RCDIP*, 2012, pp. 775-788; D.F. VAGTS, “Dispute-resolution mechanisms in international business”, *RCADI*, 1987, vol. 203, pp. 9-94.

¹⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), auto núm. 70/2011 de 3 mayo. JUR 2011\259838.

¹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Soria 16 julio 2010, Auto núm. 52/2010 de 16 julio. JUR 2010\336545.

asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia. Se concluye declarando que la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal en el artículo 22 de la LOPJ, de tal modo que en las reglas contenidas en el mismo, y sólo en ellas, debe buscarse como punto de partida la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de una determinada pretensión, pues sólo ellas responden a la serie de exigencias que, en algunos casos, puede llevar a la trascendente consecuencia de que el Estado español renuncie a asumir la tutela judicial en un caso concreto (STC 61/2000)....”.

8. Un tercer ejemplo puede leerse en el AAP León (Sección 1ª), núm. 474/2009 de 8 octubre, que (subrayado añadido), “[a]sí pues, en principio pudiera parecer que la resolución recurrida es correcta pues el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007 carece de un fuero imperativo que garantice al consumidor la cercanía al Tribunal que haya de decidir sus reclamaciones, esencial para asegurar que las mismas se abandonen por el coste que supone litigar en sede diferente. Sin embargo, era previsible la elaboración jurisprudencial de alguna construcción que permitiera una solución y un fuero favorable combinando otras normas aplicables. Y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo”¹⁷.

9. Es necesario señalar, quizás incluso con vehemencia, que, tal y como han subrayado W. FIKENTSCHER y F. GALGANO, entre otros, litigar tiene un coste¹⁸. Litigar no es gratis. Cuesta tiempo, dinero y energías y significativamente más en los litigios “internacionales”, esto es, en los que presentan “elementos extranjeros”, que en los litigios “meramente internos”. No es lo mismo litigar ante los tribunales del Estado A que ante los tribunales del Estado B. Un coste de litigación internacional elevado puede hacer desistir de la demanda o de la defensa procesal. Los foros de competencia judicial internacional representan la traducción legal de la idea “litigar allí donde los costes del acceso a la Justicia sean menores”. Es ésta una idea matriz del Derecho Internacional Privado, puesto que beneficia, potencia e impulsa la vida internacional de los particulares como dato para una ampliación de los horizontes vitales de las personas y para un crecimiento del mercado de bienes y servicios. Si la litigación se lleva a cabo a un coste razonable, el comercio internacional se incrementa.

10. Un dato muy relevante a tener en cuenta el gran auge que tienen las nuevas tecnologías en la actualidad en la conformación del mercado. Se trata, nuevamente, de un aspecto crucial, puesto que como han subrayado A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, así como J. GOLDRING, hoy día numerosas compraventas (internacionales) se realizan a través de Internet¹⁹. Internet ha cambiado la arquitectura del mundo. Hoy día resulta muy sencillo traspasar las fronteras y realizar compraventas internacionales, gracias, fundamentalmente, a Internet. Internet es un factor que ayuda a desarrollar una idea nueva: el mundo es plano. Como subraya con acierto THOMAS FRIEDMAN en su fascinante libro *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century*, “la tierra es plana” porque todo está interconectado²⁰. La disminución o eliminación de barreras comerciales y políticas y el exponencial crecimiento de los avances técnicos y tecnológicos de la revolución digital han hecho posible hacer negocios, transacciones y llegar a acuerdos de manera instantánea con miles de millones de personas a lo largo y ancho del planeta. Hoy día existen multitud de aplicaciones informáticas que facilitan el flujo de trabajo. Éste es uno de los “aplanadores del mundo” según el precitado autor. Estas aplicaciones facilitan el uso de Internet, es muy sencillo almacenar, trabajar, modificar información a distancia, solo con la existencia de un ordenador o dispositivo electrónico y acceso a Internet. Asimismo, surgen

¹⁷ AAP León (Sección 1ª), núm. 474/2009 de 8 octubre, AC 2010\182.

¹⁸ W. FIKENTSCHER, *Culture, Law and Economics*, Staempfli Publishers Ltd. Berne, 2004, pp. 33-38; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Ed. Il Mulino, 2005, pp. 16-18.

¹⁹ *Íbid.*, en este sentido, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Armas legales contra la crisis económica. Algunas respuestas del Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 2013, pp. 38-102; J. GOLDRING, “Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Law”, *Rev. dr. unif.*, 1998, pp. 435-451.

²⁰ http://elpais.com/diario/2005/05/15/negocio/1116162869_850215.html (= página web consultada el 22 de junio de 2015).

aplicaciones que permiten realizar transferencias de dinero electrónico (= por ejemplo: PayPal) y esta creación facilitó el comercio electrónico, automatizando procesos y eliminando las fronteras monetarias. Las redes digitales y el mundo virtual permiten el intercambio a nivel mundial de una forma fácil, sencilla y muy práctica, entre empresas o personas. La tecnología nos conecta. Es la realidad de nuestros días. Estos aspectos resultan del máximo interés no sólo desde un punto de vista tecnológico, sino desde la perspectiva del crecimiento de la sociedad civil en las relaciones comerciales internacionales y de la disminución del poder ordenador del Estado en relación con el comercio internacional, según opina, acertadamente J. GUILLAUME²¹.

11. La competencia judicial internacional es un sector del Derecho Internacional Privado que ha cobrado una importancia notable ya desde hace unos decenios. Cada vez es más frecuente que los operadores jurídicos se encuentren con la necesidad / posibilidad de litigar en diferentes Estados, debido a la evolución que está teniendo la contratación internacional. Este trabajo se centra en esta necesidad práctica, y realizar un estudio de la fundamentación económica del foro especial por razón de la materia contenido en el artículo 7.1 b) del Reglamento Bruselas I bis. Es por ello que se han empleado numerosos ejemplos y tablas explicativas que tratan de facilitar el estudio del tema.

II. Significado del foro especial por razón de la materia del artículo 7.1 b) guion primero en el Reglamento Bruselas I bis

12. El artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis contiene un foro especial de competencia judicial internacional.

13. Es un foro que responde a la vinculación entre el tribunal del Estado miembro del que se trata y la controversia (= el litigio) que debe resolver. A este dato el TJUE le otorga una importancia capital, así lo ha apuntado en su jurisprudencia, en concreto en la sentencia *Car Trim*²². El artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis contiene una regla de competencia especial, que encuentra su justificación en la consideración de “que existe un estrecho vínculo de conexión entre la controversia y el Tribunal que ha de conocer sobre la misma.”²³ En los supuestos del artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis el nexo entre la controversia y el Tribunal declarado competente tiene naturaleza territorial. Esto significa que el hecho relevante (= lugar de ejecución) se concreta en el espacio físico donde un tribunal ejerce su poder jurisdiccional (= su partido judicial).

14. Un paso previo a la identificación del fundamento básico del foro especial por razón de la materia, contenido en el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis, exige examinar la estructura del propio precepto. El artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis establece el foro de competencia general en materia contractual y se caracteriza por presentar una estructura compleja. Así, dentro de este foro, se encuentra una regla general en la letra a), dos reglas especiales en la letra b), y una cláusula de cierre en la letra c). En contraste, el art. 5.1 del Convenio de Bruselas tan sólo preveía el equivalente a la actual regla general del art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I bis como foro de competencia general en materia contractual, estableciendo que los domiciliados en un Estado miembro podían ser demandados en otro Estado miembro “en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”.

²¹ J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, 2011, pp. 69-72.

²² STJUE 25 febrero 2010, as. C-381/08, *Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl.*, *Recopilación*, 2010, p. I-1255. FJ 61: “Este criterio es muy predecible. También cumple con el objetivo de proximidad, en la medida en que asegura la existencia de un vínculo estrecho entre el contrato y el tribunal que debe conocer del caso. Cabe señalar, en particular, que las mercancías que sean objeto del contrato deben, en principio, estar en ese lugar después de la ejecución del contrato. Además, el objetivo principal de un contrato para la venta de bienes es la transferencia de los bienes del vendedor al comprador, operación que no está totalmente terminada hasta la llegada de las mercancías a su destino final.”

²³ Como se indica en el informe Jenard (DOCE nº C 59/1979).

15. Pero una vez llegados a este punto, surge una cuestión, ¿es necesario el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis, si ya existe el artículo 4, como foro del domicilio del demandado? ¿Es realmente preciso un foro alternativo al que pueda acudir el demandante en materia contractual? Si el foro del domicilio del demandado es perfecto, la regla general del sistema, según expone el TJUE ¿Por qué añadir otro foro? ¿A qué principios atiende este foro alternativo que contempla el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis? Al fin y al cabo, un enfoque más plural y equilibrado conduce a afirmar que, tal y como ha descrito en el ámbito de la familia M.-P. WELLER, este foro responde a la idea de libre movilidad, puesto que cada persona elige el país donde quiere vivir y/o establecer el centro de sus negocios²⁴. Ello lleva implícita la idea de que el demandado elige ser demandado en ese país para el supuesto de un litigio internacional, por lo que es eficiente para él y para el comercio internacional.

16. El artículo 4 del Reglamento Bruselas I bis atiende a la idea de la defensa de una parte, el demandado. El demandado “litiga en su casa”, ahorra, es evidente, costes jurisdiccionales. El foro del domicilio del demandado protege al demandado y solo en ocasiones cumple con la eficiencia. El principio de proximidad atiende a la idea de eficiencia. El foro del domicilio del demandado no se basa en el principio de proximidad, y por lo tanto, se puede decir que no es eficiente. Y aunque parte de la doctrina señala que este foro atiende también a la facilidad de ejecución de la sentencia, esta es una verdad a medias, pues la ejecución de la futura sentencia sólo queda garantizada si el patrimonio del demandado se encuentra en el país de su domicilio y si dicho patrimonio es suficiente para cubrir la ejecución. Y eso no siempre sucede (= no es algo “consustancial” a la regla *actor sequitur*)²⁵. El foro del domicilio del demandado es un “foro ciego”²⁶.

17. La antigua justificación que se daba con la locución latina empleada en el Derecho Procesal de “*actor sequitur forum rei*”, venía a significar que el demandante debe litigar en el foro del demandado, ya que el Estado era la autoridad soberana única para juzgar a sus súbditos, pero esta no es la auténtica justificación de dicha locución²⁷. Y este foro cuenta con varias ventajas. Por lo tanto, el foro del domicilio del demandado resulta adecuado por varias razones:

1º) Es un foro que hace competente al juez natural del demandado y tiene un triple fundamento jurídico-público²⁸ (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN):

- a) El Estado con más título para conocer del asunto es el Estado del domicilio del demandado, porque si este se beneficia de los servicios de dicho Estado, debe quedar sujeto al “poder jurisdiccional” del mismo;
- b) Este foro permite una adecuada llevanza del proceso en orden a las pruebas, notificaciones, etc.;
- c) Visto que el actor es el que tiene, en su caso, que desplazarse al país del demandado, sólo lo hará si tiene sólidas razones para creer que su demanda está fundada y triunfará. La regla evita procesos infundados y meramente dilatorios;

2º) Este foro beneficia al demandado, pues le permite una adecuada organización de la defensa procesal en su propio país;

²⁴ M.-P. WELLER, “Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie”, *IPRax*, 2014-3, pp. 225-233.

²⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 1ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 250.

²⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Derecho Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Universidad País Vasco, pp. 88-154, en especial pp. 143.

²⁷ “*Actor sequitur forum rei*”, es una locución latina empleada en el derecho procesal que viene a significar que el demandante debe litigar en el foro donde se encuentre la cosa objeto del litigio. Tradicionalmente se ha pensado que la palabra *rei* de esta locución se refería a la segunda declinación del latín del sustantivo masculino reo (= *reus, rei* (= reo), pero no, la referencia es al sustantivo cosa, de la quinta declinación del latín de este sustantivo femenino (= *res, rei* (= cosa).

²⁸ M. VIRGÓS, F.J. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional. Litigación Internacional*. 2ª ed. Ed. Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pp. 122-123.

- 3º) Este foro también beneficia al demandante, ya que permite una rápida ejecución de la sentencia, pues el patrimonio del demandado suele radicar en el Estado donde éste posee su domicilio;
- 4º) Este foro reparte las cargas entre las partes de modo equitativo: el actor decide cuando demandar, mientras que no puede decidir en qué país hacerlo: debe demandar en el país del domicilio del demandado si es que no concurre otro foro diferente de competencia judicial internacional, por ejemplo, lugar del daño;
- 5º) Este foro facilita la concentración, ante los mismos tribunales estatales, de litigios que tienen su fuente en hechos ocurridos en varios países. Sin embargo, este foro ha sido criticado por resultar ineficiente, ya que los beneficios que reporta al demandado (= que litiga en su país), son perjuicios para el demandante (= que debe viajar al extranjero para ejercitar su acción). En tal sentido, este foro no responde al principio de proximidad (= es ineficiente) y penaliza el comercio internacional, pues obliga a una litigación a coste elevado para el demandante²⁹.

18. Y en este punto es donde se alcanza la gran verdad del foro que contiene el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis: este foro responde a una fundamentación económica que no beneficia, *a priori*, a ninguna de las partes en el litigio.

19. Ahora bien, al abrirse el foro alternativo contenido en el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis encaja con los principios de proximidad y buena administración de la justicia. Disminuye los costes y busca una justicia rápida, económica y eficaz, tanto para los particulares implicados en el asunto, como para los órganos jurisdiccionales que conocen del mismo. Este no es un “foro ciego” como sí lo era el foro del domicilio del demandado, este foro especial por razón de la materia tiene en cuenta la naturaleza del litigio. Las razones de su creación son razones sustantivas, se justifica por la relación sustantiva que existe entre la conducta prelitigiosa del demandado y el foro competente³⁰.

Ejemplo: *Contrato de compraventa de toallas entre empresa francesa y empresa portuguesa, lugar de ejecución en España.* Una empresa francesa decide contratar con una empresa portuguesa la compra de toallas, las partes concluyen el contrato y lo firman en España, la mercadería igualmente se debe de entregar en España, por lo tanto, el contrato se ejecuta en España. En el caso de que surgiera una controversia las partes podrían litigar ante los tribunales a los que ellos se sometieran, foro de la sumisión expresa o de la sumisión tácita recogidos en el artículo 25 y 26 del Reglamento Bruselas I bis; o bien pueden acudir al foro general del domicilio del demandado, artículo 4 del Reglamento Bruselas I bis; aunque tienen otra posibilidad, un foro alternativo que es el que recoge el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis, un foro que atiende a los principios de proximidad y buena administración de la justicia. Porque si el contrato se concluye y ejecuta en España, será este país el que tenga los tribunales más “cercaños” (idea de cercanía no geográfica, sino procesal), o mejor situados para conocer del asunto, de un incumplimiento de un contrato celebrado en España entre dos empresas francesa y portuguesa, firmado y ejecutado en España.

20. Por todo esto, resulta que el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis es fundamentalmente necesario para una disminución de los costes de litigación internacional en el ámbito de la contratación internacional. Es un foro que atiende a los principios de proximidad y buena administración de la justicia, y es por ello un foro eficiente.

III. Fundamento jurídico privado del foro del artículo 7.1 b) guion primero del Reglamento Bruselas I bis

21. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS definía el “foro de competencia judicial internacional” como “la

²⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2015, pp. 326.

³⁰ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Derecho Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Universidad País Vasco, pp. 88-154. En especial, pp. 143.

circunstancia presente en las situaciones privadas internacionales, y que utiliza el legislador para atribuir el conocimiento de las mismas a sus órganos jurisdiccionales”³¹.

22. Los foros de competencia siempre constituyen expresión de determinados intereses u objetivos de política legislativa del legislador y responder a distintas finalidades, por lo que el Derecho comparado registra un marcado particularismo en torno a los mismos. Los foros pueden ser de carácter personal (= nacionalidad, domicilio, residencia habitual etc.), territorial (= lugar de situación de un bien inmueble, lugar de ejecución del contrato, lugar donde ha ocurrido un accidente, etc.) o responder a criterios flexibles o necesidades concretas (= que el litigio posea una vinculación estrecha con el foro, que en el país de origen del extranjero encausado se dé el mismo trato a los nacionales, *forum necessitatis* etc.).

Ejemplo: *Contrato de compraventa internacional de toallas.* Una empresa con sede social en España, vende a otra empresa con sede social en Francia, unos zumos naturales de fruta. El pago y entrega de la mercadería se pactó en el contrato que se realizaría en Portugal. Surge una controversia por incumplimiento del contrato, falta el pago. ¿Dónde sería más eficiente litigar desde el punto de vista de las partes? ¿En España, Francia o Portugal?

23. Siguiendo el ejemplo anterior, en caso de que surja una controversia entre las sociedades con sede en España y Francia, respectivamente, la sociedad española intentará evitar que se litigue ante los tribunales franceses, por los altísimos costes que le generaría. Al mismo tiempo, la sociedad francesa, igualmente, evitará litigar ante los tribunales españoles por la misma razón, ya que litigar en España le supondría costes enormes a la sociedad francesa. Es fácil comprobar que, desde el punto de vista de la eficiencia jurisdiccional internacional, los tribunales portugueses están mejor posicionados para conocer de la controversia entre ambas sociedades. Pues generan los menores costes para ambos contratantes, así de este modo, se produce la “localización eficiente” del contrato. En la representación numérica de este ejemplo se ha asignado un coste de 10 para los menores costes, de 90 para los costes máximos, y de 60 para la solución eficiente de la controversia para ambos litigantes, es decir, para la resolución del asunto no ya al menor coste global, sino al menor coste relativo. La litigación ante jueces portugueses es la solución eficiente porque la alternativa de verse sujetos, el uno al otro, a otros tribunales es ineficiente, pues puede provocar costes de litigación internacional tan elevados que no les compense litigar. Y si la situación se plantea *ex ante*, entonces no les compensará contratar, lo que desde el punto de vista económico constituye un fracaso: es el “no intercambio”. Ello explica porque en el sector de la contratación internacional el primer foro de competencia judicial internacional es siempre la autonomía de la voluntad, esto es, el tribunal elegido por las partes, foro de competencia judicial internacional previsto en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I-bis.

TABLA EJEMPLIFICATIVA³²

Resolución de una controversia por incumplimiento de contrato entre sociedad con sede en España y sociedad con sede en Francia

	Coste de litigar ante los tribunales españoles	Coste de litigar ante los tribunales franceses	Coste de litigar ante los tribunales portugueses
Sociedad española	10	90	60
Sociedad francesa	90	10	60
Total	100	100	120

³¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 136.

³² Esta tabla ejemplificativa se utiliza con un propósito meramente instrumental y no se siguen pautas algebraicas. Los valores numéricos asignados son siempre aproximados. Por lo tanto, cuando se indica que litigar en X supone un coste de 10, se quiere subrayar, simplemente, que supone un coste reducido o muy moderado. Y si se dice que litigar en Y tiene un coste de 90, quiere decirse, exclusivamente, que se trata de un coste notablemente elevado. Es un modo de plasmar gráficamente el funcionamiento económico de litigar en un lugar o en otro.

24. En realidad, un análisis económico de los foros de competencia judicial internacional y en particular del foro contractual ha sido desarrollado por autores como F. SALERNO, F. SALERNO, E. MERLIN y F. KIENLE, que se han referido a este foro como un “criterio razonable” que cubre las expectativas de las partes a la hora de individualizar el tribunal competente de un modo sencillo que encaja con la economía procesal³³. *Nihil novum sub sole*, pues.

25. En los que se refiere a los llamados foros exclusivos, su relación con el principio de eficiencia debe ser analizada, destaca C. THOLE, *cum grano salis*³⁴. Es en relación con las partes procesales del litigio internacional, con lo único que debe medirse la eficiencia que aportan las soluciones de competencia judicial internacional. Esto se aprecia de una forma más clara con un ejemplo. Si el demandante A, con domicilio en Alemania, ejercita acción contra el demandado I, con domicilio en Italia, por un incumplimiento de contrato que debía ejecutarse en España. Una solución eficiente conduciría a litigar en Italia o en España. Puesto que de esta manera, los contratos pudieron prever con relativa facilidad la competencia de los tribunales italianos, porque son los que corresponden al domicilio del demandado (= artículo 4 del Reglamento Bruselas I bis). O prever la competencia de los tribunales españoles, que son los que pertenecen al lugar de cumplimiento del contrato (= artículo 7 del Reglamento Bruselas I bis). Si a las partes se les obligase litigar en un país que no tuviese ninguna vinculación con el litigio internacional, como por ejemplo podría ser Grecia, esto conllevaría a una solución ineficiente.

26. Desde este punto de vista, podría concluirse que la solución de competencia judicial internacional más eficiente en el caso de un litigio internacional entre partes con domicilio en Polonia y que versa sobre una demanda por vulneración de una patente inscrita en Lituania, debería ser litigar en Polonia y no en Lituania. Pero este análisis es incompleto. En los litigios relativos a materias objeto de foros exclusivos los intereses en juego son intereses estatales, públicos y generales. Esos intereses solo se defienden por los tribunales del Estado en cuestión cuyos intereses estén implicados en el litigio. Si en el ejemplo expuesto, se permitiera litigar en Polonia, los intereses del Estado lituano y de la sociedad lituana se verían perjudicados. Por ello, aunque Lituania y la sociedad lituana no son “partes procesales” en este litigio, sí son el sujeto más afectado por la sentencia que se debe dictar en dicho litigio. En consecuencia, si se litigase en Polonia y no en Lituania, la solución sería ineficiente para los intereses públicos lituanos.

27. La eficiencia de los foros exclusivos debe calcularse desde el punto de vista de los intereses públicos que defienden estos foros exclusivos. Aunque el Estado en cuestión no es “parte procesal” en tales casos, sí que es una “parte afectada” por los mismos, ya que es el sujeto sobre el que recaen los efectos principales del proceso. Las consecuencias de los litigios objeto de foros exclusivos afectan más a los intereses del Estado que a los intereses de los particulares. Por tanto, litigar ante los tribunales del Estado afectado por las materias objeto de los foros exclusivos es la única solución de competencia judicial internacional verdaderamente eficiente³⁵.

³³ Vid. F. SALERNO, “L’incidenza del diritto applicabile nell’ accertamento del forum destinatae solutionis”, *Rivista di diritto internazionale*, 1995, pp. 76-121; F. SALERNO, “Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001”, *Padova*, 2006, pp. 33-44; E. MERLIN, “La s.c. prende posizione sul “forum destinatae solutionis” nel Regolamento CE 44/2001”, *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1305-1317; E. MERLIN, “Il foro speciale dei contratti di “compravendita di beni” nel Reg. 44/2001 non trova una definizione univoca nell’intervento della Corte di Giustizia”, *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 691-698; F. KIENLE, “Eine ökonomische Momentaufnahme zu Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO”, *IPRax*, 2005, pp. 143-145. Consideraciones similares pueden encontrarse en multitud de aportaciones relativas al foro contractual. Es el caso, ad ex., de L. CARBALLO PIÑEIRO, “Obligación de no hacer y competencia judicial internacional”, *La Ley* 5534, 2002, p. 1-12; A. SAVINI, “Delocalizzazione del contratto stipulato su Internet – Problemi di giurisdizione e legge applicabile”, *Contratto e impresa/Europa*, 2002, pp. 1131-1191; G. SERRANÒ, “Cancellazione del volo e giurisdizione in materia di trasporto aereo: il caso Air Baltic”, *RDIPP*, 2010, pp. 77-92.

³⁴ C. THOLE, “Die Reichweite des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO bei Rechtsstreitigkeiten über Organbeschlüsse”, *IPRax*, 2011-VI, pp. 541-547.

³⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 211-212.

28. También en relación con los foros de protección de una parte débil diversas consideraciones deben tenerse presentes: los foros que protegen a una parte débil son los que contiene el Reglamento Bruselas I bis en la sección 3ª del Capítulo II (= foros de competencia en materia de seguros, artículos 10-16), en la sección 4ª del Capítulo II (= foros de competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, artículos 17-19), en la sección 5ª del Capítulo II (= foros de competencia en materia de contratos individuales de trabajo, artículos 20-23). La función de estos foros es proteger y defender la posición más débil de una de las partes en una controversia que implique alguna de las materias citadas (= seguros, consumo o trabajo). El objetivo de estos foros es facilitar a dichos sujetos el acceso a la jurisdicción, porque, por lo general, permiten a esa parte débil litigar en el país donde reside. Los intereses que en estos supuestos priman son los de las partes débiles, la eficiencia de estos foros es que el litigio se pueda plantear en el foro donde esa parte débil tenga su residencia.

29. Cada legislador estatal es libre de establecer en sus normas de competencia judicial internacional foros exorbitantes, sin embargo, el hecho de fundamentar la competencia en uno de esos foros puede llevar aparejada una sanción indirecta por parte de los demás Estados: denegación del reconocimiento de una decisión fundada en semejantes criterios exorbitantes a la hora de proteger intereses puramente estatales.

30. Una cuestión distinta, pero conectada con este punto, es la relativa a la diferencia entre “foro de competencia” y “punto de conexión”. Los criterios utilizados para justificar la competencia judicial internacional de los tribunales no son iguales a los criterios utilizados para justificar la aplicación de una determinada Ley a los casos internacionales. Las razones que justifican la competencia judicial internacional implican una “vinculación suficiente” del litigio con el Estado al que pertenecen los tribunales que puedan conocer del asunto. Esto es garantía de una tutela judicial efectiva y se rectifica una posible denegación de Justicia. Los particulares disponen, de este modo, de un libre acceso a los tribunales (= incluso de varios Estados, siempre que presenten una conexión clara y razonable con el litigio). Normalmente, litigar ante estos tribunales comportará unos menores costes de litigación internacional. No es necesario que estos tribunales sean los “mejor situados” para conocer de una cuestión. Sin embargo, las razones que justifican la Ley aplicable exigen además de la presencia de “vínculos suficientes” entre la situación privada internacional y un Estado, que sea la “Ley mejor situada”, esto es, que presente un “título de aplicación más fuerte” (= Ley del país más estrechamente vinculado con la situación litigiosa concreta)³⁶.

31. Con esa “vinculación suficiente” del Estado al que pertenecen los tribunales y el litigio, se evita, como ha demostrado F. KIENLE, la denegación de Justicia y se garantiza la tutela judicial efectiva³⁷. Los particulares podrán elegir a qué tribunal, de los distintos Estados que estén razonable y suficientemente vinculados con el litigio, dirigirse, de este modo queda salvaguardada la tutela judicial efectiva, puesto que no se restringe al tribunal “mejor situado” el conocimiento del caso, siendo el único competente, sino que se podrá acudir a uno de los Estados que este claramente vinculado con el supuesto.

32. Puede, por tanto, afirmarse que las normas de competencia judicial, además buscan los menores “costes de litigación internacional” para los particulares que se vean implicados en el litigio. Se atribuirá la competencia a los tribunales de los Estados ante los cuales los particulares puedan litigar a un menor coste global. Por el contrario, los criterios utilizados para justificar la Ley aplicable a una situación privada internacional, no son ya solo la conexión suficiente, entre el caso y el Estado, sino que debe tratarse de una conexión más estrecha, debe de tratarse de la “Ley mejor situada”, que será normalmente la Ley del país más estrechamente vinculado con la situación litigiosa concreta.

³⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, p. 139.

³⁷ F. KIENLE, “Eine ökonomische Momentaufnahme zu Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO”, *IPRax*, 2005, pp. 143-145.

IV. La auténtica clave del fundamento económico del foro de competencia judicial internacional contenido en el artículo 7.1 b) del Reglamento Bruselas I bis: el poder de la cosa: “*vis rei*”

33. La gran virtud práctica y dogmática de la interpretación que el TJUE sostiene en relación con el artículo 7.1.b) guion primero del Reglamento Bruselas I bis radica en que, por regla general, dicho foro otorga la competencia judicial internacional en relación con los litigios derivados de la compraventa internacional de mercaderías a los tribunales del lugar donde se encuentra la cosa litigiosa, la cosa objeto de la compraventa. Debe litigarse donde se encuentra la cosa litigiosa. El legislador europeo y más aún el TJUE persiguen un claro objetivo: el litigio suscitado en el marco de un contrato internacional de compraventa de mercaderías debe desarrollarse donde está la mercadería. Se debe litigar donde está la cosa. De este modo la labor del órgano jurisdiccional que conoce del asunto y su administración de la justicia será eficiente. En efecto, el juez competente es el juez del lugar donde está o se supone que está el objeto litigioso, es decir, el juez “próximo a la cosa”. Dicho juez podrá actuar sobre la misma, ha explicado M. GUZMÁN ZAPATER, con más celeridad y calidad, sin trabas adicionales a las medidas legales que deba adoptar³⁸. Los embargos, secuestros, la entrega de la cosa al comprador o al vendedor, el examen de la mercadería y de sus condiciones fácticas y demás actividades de ejecución sobre la cosa litigiosa serán más sencillas, rápidas y efectivas. Esta solución es eficiente. Conduce a una disminución de los costes de la administración de la justicia y simplifica la impartición de la justicia.

34. Por lo tanto, en relación con la compraventa internacional de mercaderías, el auténtico, verdadero y fundamental eje sobre el que gira la determinación de la competencia judicial internacional en materia contractual es la mercancía, la cosa, el bien. El poder de la cosa, *forum rei sitae*, o también *forum destinatae solutionis*, como expone FRANZINA³⁹, el foro del cumplimiento de la obligación, donde hay que cumplir.

35. Tanto el art. 7.1 b) del Reglamento como la jurisprudencia que desarrolla ese Reglamento giran en torno, efectivamente, a un núcleo operativo fundamental: el poder de la cosa. Hay que litigar donde está la cosa litigiosa, en este caso, se ha de litigar donde está la mercadería. La mercadería que hay que comprobar, que hay que examinar, que hay que analizar si se entregó correctamente, la mercancía cuya calidad debe examinarse. Y esto es así porque litigar en el Estado Miembro donde la mercadería se halla, comporta:

- (a) costes más reducidos para las partes (= tribunal previsible para ambos litigantes;
- (b) y porque impulsa y potencia la buena administración de la justicia, porque el tribunal del Estado Miembro donde la mercadería se encuentra es el tribunal más cercano al objeto esencial de la *litis*, a la esencia de la controversia, esto es, es el tribunal del lugar donde se encuentra la cosa, el bien, este tribunal es el que mejor puede inspeccionar la mercancía, retener la mercancía, explorar la calidad y las cualidades de la mercancía, ejecutar la entrega de la mercancía, trabar un embargo sobre la mercancía, etc. Por eso es el tribunal que puede realizar su labor de forma más eficiente, con menos recursos consigue mejores resultados y de un modo más veloz. El art. 7.1.b RB I bis refleja la eficiencia en la determinación de la competencia judicial internacional.

V. Reflexiones finales

36. Es primer lugar, debe indicarse que el foro especial por razón de la materia del art. 7.1 b) del Reglamento Bruselas I bis es un foro que señala la competencia judicial internacional de un modo directo. No requiere tomar en consideración ni las normas de conflicto ni la Ley estatal que rige el

³⁸ M. GUZMÁN ZAPATER, “El lugar de ejecución de los contratos internacionales como criterio determinante de la competencia judicial internacional”, *La Ley CE*, n.24, 1987, pp. 1-4.

³⁹ P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale (l'art. 5 n.1 del regolamento n.44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Cedam, Padova, 2006, p. 27.

contrato para determinar la competencia internacional de los tribunales. Ello hace que la precisión de la competencia judicial internacional se realice de una forma más sencilla, automática, veloz y segura para las partes. Se trata, en definitiva, de un foro que al prescindir de soluciones de remisión, pone en su sitio a la norma de conflicto. La norma de conflicto sólo debe aplicarse para fijar la Ley que regula los derechos y obligaciones de las partes y no para concretar el lugar donde debe entregarse la mercancía a efectos de concretar el tribunal competente.

37. En segundo término, debe subrayarse que este foro conduce a litigar ante el tribunal correspondiente al lugar de situación de la cosa objeto de la compraventa, que será, habitualmente, la cosa objeto del litigio. Litigar donde la cosa se halla constituye siempre una solución eficiente desde un doble punto de vista. Desde el punto de vista del principio de proximidad, el foro genera menores costes para las partes. Si hay que litigar, un proceso en manos de los tribunales del Estado miembro es el proceso que comporta los costes más reducidos para las partes.

38. Desde la perspectiva del principio de previsibilidad del tribunal competente, las partes están en perfectas condiciones para saber *ex ante* donde pueden o deben litigar, esto es, obtienen una seguridad preventiva.

39. El comercio internacional constituye un conjunto de actividades que gira en torno a la “mercancía”. La mercancía es el elemento determinante del comercio internacional. Por ello es justo otorgar una “importancia jurisdiccional” al tribunal del lugar donde se encuentra la cosa, la mercancía. La palabra “comercio” deriva de “mercancía” que a su vez se toma del latín “*merx, mercis*” que significa, precisamente, “mercancía” pero también quiere decir “negocio, asunto, venta”. Se litiga dónde está el centro de la operación comercial de la compraventa, se litiga donde se halla la cosa objeto de la misma. Ambas partes pueden prever de modo sencillo que, en caso de controversia, los tribunales competentes deben ser los tribunales del Estado miembro donde la cosa se encuentra y eso es, exactamente, lo que hace el art. 7.1.b) guion primero del Reglamento Bruselas I bis.

40. Es éste un foro previsible para las partes, es un foro que cumple a la perfección con el principio de proximidad. Este foro especial por razón de la materia es un foro que cumple con uno de los principales objetivos del Reglamento Bruselas I bis, tal como señala el Considerando 13 de dicho Reglamento, el principio de proximidad.

41. Por lo tanto, es un foro claramente dirigido a potenciar la seguridad jurídica entendida como la previsibilidad del tribunal competente para las partes. La necesidad de la previsibilidad de jurisdicción es un aspecto esencial del “mantra” de la certeza legal. La previsibilidad no solo sirve a los tribunales para saber cuándo éstos se han de declarar competentes para conocer de un caso o no, sino también a las partes. El demandante será capaz de identificar con facilidad el tribunal ante el que pueda demandar, y el demandado podrá prever razonablemente ante qué tribunal puede ser demandado.

42. En cuarto lugar, debe subrayarse que este foro constituye el mejor foro posible para comprador y vendedor en defecto de pacto de sumisión. En efecto, en una materia patrimonial, como es la compraventa internacional de mercaderías, el foro fuerte y el que siempre se ha de respetar y prevalecer sobre todos los demás es el de la autonomía de la voluntad de las partes. Si las partes deciden someterse a unos tribunales, esos tribunales serán los competentes, porque así lo han decidido las partes, y en virtud de la autonomía de la voluntad de las mismas, ellas deciden ante qué tribunal quieren litigar. Si las partes no han decidido someterse a ningún tribunal, entonces, el mejor foro posible para determinar la competencia judicial internacional es el foro especial por razón de la materia contenido en el artículo 7.1 b) guion primero del Reglamento Bruselas I bis.

43. En quinto lugar, este foro es más eficiente que el foro del domicilio del demandado. Los foros especiales son la única regla razonable, la única regla sostenida por un argumento válido, natural-

mente un argumento económico. Este foro distribuye los gastos de acceso a los tribunales de una forma equitativa entre las partes. El foro del domicilio del demandado responde, por el contrario, a un fundamento medieval, fundado en razones de soberanía estatal y que no son operativos ni dan una respuesta adecuada a este tipo de litigios. Si el foro especial por razón de la materia en el sector de la compraventa internacional de mercaderías no fuera equitativo y comportara, por ello, costes muy elevados para una parte y no para otra, la parte perjudicada decidirá no contratar. No habría intercambio. El no intercambio perjudica a ambas partes. El no intercambio perjudica al comercio internacional y a toda la sociedad. La falta de intercambio supone una disminución global del bienestar general. El no intercambio es siempre ineficiente. Por ello, este foro potencia la contratación internacional y es, así, beneficioso tanto para comprador y vendedor como para todo el comercio internacional y para toda la sociedad.

44. En sexto lugar, éste es un foro neutral. No beneficia a ninguna de las partes. Ni a comprador ni a vendedor. Es un foro que aumenta las posibilidades de realizar el cumplimiento al que se han comprometido contractualmente las partes. Es, por tanto, el “*timor litis*”, el miedo al proceso, los gastos, inversión de tiempo que se tarde en obtener una resolución del pleito, el conjunto de elementos que mueve a las partes a cumplir con sus obligaciones contractuales. Además del foro general, es decir, del foro del domicilio del demandado contenido en el artículo 4 del Reglamento Bruselas I bis, las partes pueden optar por utilizar el foro especial por razón de la materia del artículo 7.1 b) guion primero para hacer competente al tribunal que este foro señale. Ambas partes prevén que esta posibilidad existe, es decir, que existe la posibilidad de que el tribunal del lugar de entrega material de las mercaderías al comprador se declare competente para conocer de una posible controversia.

45. Por último, este foro de competencia judicial internacional escapa del hechizo de la soberanía estatal. Este foro no encuentra su justificación en la soberanía del Estado sobre el territorio donde se entrega la cosa objeto de la compraventa. El tribunal al que otorga competencia el foro especial por razón de la materia del art. 7.1 b) del Reglamento Bruselas I bis no conoce por respeto a la soberanía del Estado miembro al que pertenece. Conoce porque es el tribunal más eficiente para las partes, porque ambas partes pueden prever su aplicabilidad sin ningún tipo de problema y además es el foro que garantiza un proceso más eficiente. Es un foro que no necesita aval ninguno de la soberanía del Estado. Los argumentos para hacer útil este foro nada tienen que ver con la soberanía del Estado. Por otro lado, este foro encaja con la buena administración de la Justicia. En verdad, en presencia de materias en las que la ejecución judicial juega un papel importante, los foros territoriales pasan a un primer plano. El foro territorial es el que mejor garantiza la justicia para las partes. La territorialidad de este foro va ligada a actividades de ejecución judicial, como inspeccionar la mercadería, trabar un embargo sobre la misma o cualquier otra. Ese tribunal es el mejor situado para desarrollar su función de un modo eficaz, efectivo y eficiente desde el punto de vista del correcto funcionamiento de los tribunales de Justicia de los Estados miembros.

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL REGLAMENTO DE ROMA II

UNJUST ENRICHMENT IN THE ROME II REGULATION

DÁRIO MOURA VICENTE

Catedrático

Universidad de Lisboa

Recibido: 24.03.2016 / Aceptado: 31.03.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3261>

Resumen: El presente artículo se ocupa del problema de la ley aplicable al enriquecimiento sin causa en el Reglamento de Roma II. Tras demostrar las principales razones por las cuáles no existe en la actualidad un concepto único de enriquecimiento sin causa, ni tampoco un régimen uniforme para ello en los Estados miembros de la Unión Europea, el autor describe los tipos fundamentales de soluciones que consagran a este respecto los sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado y las analiza críticamente. A continuación, examina el régimen introducido por el Reglamento de Roma II sobre el tema y, en particular, las cuestiones planteadas por la delimitación de su ámbito material de aplicación y por la determinación de la ley aplicable bajo sus disposiciones.

Palabras clave: conexión accesorias, conflictos de leyes, enriquecimiento sin causa, *lex loci conditionis*, ley aplicable, obligaciones no contractuales, Reglamento de Roma II.

Abstract: This article deals with the problems raised by the determination of the law applicable to unjust enrichment claims under the Rome II Regulation. After setting out the main reasons for the non-existence of a unitary notion of unjust enrichment in the Member States of the European Union, as well as of a uniform legal framework for it, the author describes the fundamental solutions enshrined in national systems of Private International Law in this respect, which he analyzes critically. He then proceeds to examine the conflict rules introduced by the Rome II Regulation on this topic and, in particular, the issues raised by the definition of its scope of application and by the determination of the applicable law according to its provisions.

Keywords: applicable law, conflicts of laws, *lex loci conditionis*, non-contractual obligations, Rome II Regulation, secondary connection, unjust enrichment.

Sumario: I. Planteamiento del problema. 1. El concepto de enriquecimiento sin causa y sus diferentes concretizaciones nacionales. 2. Tipicidad y cláusula general de enriquecimiento. 3. Funciones del instituto. 4. Alcance de la obligación de restituir. 5. Los conflictos de leyes en materia de enriquecimiento sin causa. II. Tipos de soluciones posibles para los conflictos de leyes en materia de enriquecimiento sin causa. 1. La aplicación de la *lex loci conditionis*. 2. La aplicación de la *proper law*. 3. La aplicación de la *lex causae conditionis*. 4. Soluciones híbridas. III. El régimen del Reglamento de Roma II: ámbito material de aplicación. 1. Necesidad de un concepto autónomo de enriquecimiento sin causa. 2. La exclusión de la *condictio indebiti* por invalidez del contrato. 3. La exclusión del enriquecimiento sin causa por infracción de un derecho de propiedad intelectual. 4. La exclusión del enriquecimiento sin causa derivado de relaciones familiares y sucesorias o de la

* Ponencia presentada el 11 marzo 2016 en el Seminario de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid.

infracción de derechos de personalidad. IV. El régimen del Reglamento de Roma II: ley aplicable. 1. La elección por las partes de la ley aplicable. 2. La conexión accesoria. 3. La aplicabilidad de la *lex communis*. 4. La aplicabilidad de la *lex loci conditionis*. 5. La cláusula de escape. V. Balance.

I. Planteamiento del problema

1. El concepto de enriquecimiento sin causa y sus diferentes concretizaciones nacionales

Nos ocuparemos en éste estudio del enriquecimiento sin causa en el Derecho Internacional Privado (DIPriv.) y, más específicamente, de su disciplina en el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)¹.

En la base de este instituto, se encuentra el principio, ya afirmado por POMPONIOUS² y acogido en las *Siete Partidas*³, conforme al cuál a nadie se le debe ser consentir beneficiarse injustificadamente en detrimento de otro. La mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos consagra ése principio; pero ninguno lo hace con aquel grado de generalidad⁴. Lo que se comprende perfectamente: una vez que todo el lucro es de alguna suerte obtenido a expensas de otros, una consagración irrestricta de la obligación de restituir el enriquecimiento conseguido por alguien a costa ajena volvería potencialmente inviable el funcionamiento de las economías de mercado.

No sorprende, por ello, que sean muy diversificadas las formas por las cuáles se intenta garantizar, en los sistemas jurídicos europeos, la efectividad de dicho principio; y que, reflejamente, varíe también en esos sistemas jurídicos el concepto de enriquecimiento sin causa. Es lo que intentaremos demostrar a continuación.

2. Tipicidad y cláusula general de enriquecimiento

Desde luego, difieren las técnicas por las cuáles se acoge dicho principio en la ley, la doctrina y la jurisprudencia de los Estados miembros de la Unión Europea. Éstas varían históricamente entre: a) El sistema de la *tipicidad* de las situaciones de enriquecimiento sin causa susceptibles de generar la obligación de restituir (consagrado en el Derecho inglés⁵); b) El sistema de la *cláusula general* de enriquecimiento, complementada por la previsión de algunas hipótesis típicas de enriquecimiento (acogido en Alemania y Portugal⁶); y c) El sistema de la regulación, a título principal, de la *repetición de lo indebido*, a la que acrece una acción de restitución con carácter general, pero subsidiaria de otros medios de resarcimiento del empobrecido (vigente en España, Francia e Italia⁷).

¹ Reglamento (CE) n.º 864/2007, de 11 junio 2007, publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 199, de 31 julio 2007, pp. 40 ss.

² “*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detriment fieri locupletioem*” (D. 12, 6 14).

³ En que se declaraba que “ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño dotri” (7, 33, 13).

⁴ Véanse, para un análisis comparativo, R. ZIMMERMANN, “A road through the enrichment-forest? Experiences with a general enrichment action”, *The Comparative and International Law Journal of South Africa*, 1985, pp. 1 ss.; Id., “Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, pp. 404 ss.; P. GALLO, “Unjust Enrichment: A Comparative Analysis”, *American Journal of Comparative Law*, 1992, pp. 431 ss.; B. DICKSON, “Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview”, *Cambridge Law Journal*, 1995, pp. 100 ss.; K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed., Tübingen, 1996, capítulo D; E. VON CAEMMERER/P. SCHLECHTRIEM (CHIEF EDITORS), en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X, *Restitution/Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio*, Tübingen/Leiden/Boston, 2007; C. VON BAR/S. SWANN, *Principles of European Law. Unjustified Enrichment*, Munich, 2010, pp. 93 ss.; y D. VISSER, “Unjustified Enrichment”, in Jan M. Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2.ª ed., Cheltenham/Northampton, 2013, pp. 947 ss.

⁵ Véase la sentencia proferida por la Cámara de los Lords en el asunto *Orakpo v. Manson Investments Ltd.*, [1978] A.C. 95, en que Lord Diplock afirmó: “My Lords, there is no general doctrine of unjust enrichment recognised in English law. What it does is to provide specific remedies in particular cases of what might be classified as unjust enrichment in a legal system that is based upon the civil law”.

⁶ Véanse, respectivamente, los §§ 812 a 822 del *Bürgerliches Gesetzbuch* y los artículos 473 y siguientes del Código civil portugués.

⁷ Véanse, respectivamente, los artículos 1895 a 1901 del Código civil español, 1376 a 1381 del Código civil francés (artículos 1302 a 1303-4 en la redacción introducida por la reforma de 2016) y 2033 a 2042 del Código italiano.

Estas diferencias de régimen están lejos de tener un origen meramente técnico, antes se explican en buena parte por factores ideológicos e históricos. El modelo inglés, por ejemplo, refleja el temor de los tribunales británicos ante las consecuencias nefastas de una admisión demasiado amplia de la restitución del enriquecimiento sin causa sobre el funcionamiento de una economía esencialmente basada en la libre concurrencia y no tanto en la distribución equitativa de la riqueza; la *répétition de l'indu* francesa es, a su vez, la heredera de la *condictio indebiti* romana, a la que la *Cour de Cassation* añadió, en 1892, la *action de in rem verso* en la sentencia *Boudier*⁸, que la reforma del Derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones introdujo en el Código civil francés en 2016⁹.

3. Funciones del instituto

Difieren también las funciones del instituto y, en consecuencia, su ámbito de aplicación.

La *función primordial* de las normas sobre la obligación de restitución consiste en complementar el Derecho de los Contratos, removiendo, en los casos de *condictio indebiti*, el enriquecimiento sin causa del patrimonio del enriquecido e intentando colocarlo en la misma situación patrimonial que ocuparía, si no hubiera ocurrido una transferencia patrimonial indebida a su favor. Sin embargo, esta función no asume la misma relevancia en todos los sistemas jurídicos. En Alemania, por ejemplo, la restitución del enriquecimiento sin causa permite mitigar, en los casos de enriquecimiento proveniente de una prestación ("*Leistungskondiktion*"), las consecuencias más nocivas del *principio de la abstracción* de los negocios dispositivos¹⁰. En virtud de éste, la entrega de una mercancía transfiere la propiedad aunque el contrato sea inválido; pero a través de la restitución del enriquecimiento sin causa se permite la recuperación del bien entregado. En cambio, en países como España, Francia, Italia y Portugal, cuyos sistemas jurídicos no acogen, como regla general, el sistema de la abstracción de los contratos de disposición, dichas situaciones se resuelven por vía de la nulidad, anulación o resolución del contrato¹¹.

Asimismo, en los sistemas romanistas, dada la admisión de la validez de los contratos gratuitos, no se puede reclamar la restitución de un beneficio gratuitamente atribuido a otra persona con el único fundamento de que su autor no ha recibido cualquier contrapartida por ello. Pero tal cosa sí es posible en los sistemas de *Common Law*, dada la doctrina de la *consideration*, que exige, en principio, una contrapartida negociada como condición de eficacia de toda promesa contractual.

En algunos sistemas jurídicos, el instituto ejerce también *funciones de carácter accesorio*, que reflejan ciertas particularidades de esos sistemas. Así, el enriquecimiento sin causa asume, también en el sistema jurídico alemán, una función complementaria de la tutela delictual de los bienes jurídicos. Es lo que ocurre mediante la imposición de la obligación de restituir el enriquecimiento obtenido a costa de otro a través de la intervención ilícita en bienes ajenos, v.g., por su utilización o fruición (denominada "*Eingriffskondiktion*"). Esa función del instituto es ajena a otros sistemas jurídicos, como el español, el francés y el italiano, en que la restitución por enriquecimiento sin causa no comprende dichas hipótesis, en las cuales no hay un empobrecimiento de alguien; lo que, en parte, es una consecuencia de que la tutela delictual es más fácilmente accesible en España, Francia e Italia, gracias a la amplia *cláusula general* de responsabilidad civil extracontractual acogida en los respectivos sistemas jurídicos, la cual –contrariamente a lo que ocurre en Alemania– no especifica los derechos o intereses protegidos a través de ella¹². El régimen aplicable al enriquecimiento por intervención es menos claro en los sistemas de *Common Law*: en el Derecho inglés, por ejemplo, es controvertida la calificación de la "*restitution for*

⁸ *Julien Patureau c. Boudier*, reproducido en H. CAPITANT/F. TERRÉ/Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tomo 2, 11.ª ed., Paris, 2000, pp. 383 ss.

⁹ Cf. el artículo 1303 del Código civil en la redacción dada por la Ordonnance n.º 2016-131, de 10 febrero 2016.

¹⁰ Véase, en una perspectiva histórica, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 867.

¹¹ Esta circunstancia es más acentuada en el Derecho portugués, que no acoge el principio, admitido en otros Derechos (como el francés), de que la posesión de muebles vale por título. Cf. A. VARELA, *Das Obrigações em geral*, 10.ª ed., Coimbra, 2003, vol. I, p. 506.

¹² Véanse los artículos 1902 del Código civil español, 1382 del Código civil francés (artículo 1240 tras la reforma de 2016) y 2043 del Código civil italiano.

wrongs” como una hipótesis de *unjust enrichment*¹³; pero, en los EE.UU., el *Restatement of the Law of Restitution* la califica sin ambages como tal¹⁴.

Ocurre, además, que el rechazo por los sistemas de *Common Law* de la gestión de negocios, como fuente autónoma de obligaciones, remite a la *restitution* situaciones que, en los sistemas romanistas, son disciplinadas por la primera, como sucede en los casos de *necessitous intervention by a stranger*, en que se admite el reembolso de gastos hechos en beneficio de otro o la remuneración de servicios profesionales, v.g. de médicos, para salvar o curar alguien¹⁵.

El ámbito de aplicación del instituto difiere, por tanto, en los distintos sistemas jurídicos nacionales, siendo claramente más amplio en el alemán que en los demás aquí considerados.

4. Alcance de la obligación de restituir

Tampoco es idéntico el alcance de la obligación de restituir en los sistemas referidos. Desde luego, porque en los países latinos se consagra el *principio de la subsidiariedad* de la acción de enriquecimiento sin causa como forma de mitigar la amplitud con que se admite en estos países la restitución del enriquecimiento: si el empobrecido puede valerse de una acción nacida, v.g., de contrato o responsabilidad civil a fin de resarcirse, debe ejercerla¹⁶. Pero, en Derecho alemán, ese principio no ha sido acogido, por lo que el instituto tiene, también por este motivo, un alcance más vasto, reclamado por sus funciones igualmente más extensas.

Por otra parte, mientras que, en algunos ordenamientos jurídicos, como el francés, el español o el italiano, la obligación de restituir no puede exceder el valor del *correlativo empobrecimiento*, sin lo cual dicha obligación no existe¹⁷, en otros, como el alemán y el portugués, la obligación de restituir incluye en principio todo lo que se obtuvo a costa ajena, aunque no haya una transferencia patrimonial; lo que, en los casos de interferencia en bienes jurídicos de otros (*maxime* bienes inmateriales), es dogmáticamente justificado con base en la idea de que su utilización no autorizada es susceptible de frustrar su *contenido de destinación* (“*Zuweisungsgehalt*”)¹⁸.

En Alemania y en Portugal, el objeto de la obligación de restituir se limita, por lo menos cuando el beneficiario se encuentre de buena fe, a su *enriquecimiento efectivo*, expresado en la diferencia entre la situación real en que se encuentra y aquella en que se encontraría, si el desplazamiento patrimonial no hubiera ocurrido a su favor¹⁹; lo que no es el caso del Derecho francés (ni tampoco, según creemos, del español), los cuáles han preservado la distinción entre la *condictio indebiti* y la acción por enriquecimiento sin causa, cuyos principios no se aplican necesariamente a la primera. Al destinatario del pago indebido, aunque de buena fe, cumple, por consiguiente, proceder a la restitución en especie de los bienes indebidamente recibidos, o de su valor objetivo, y no apenas del beneficio efectivamente obtenido.

En los sistemas de *Common Law*, no basta la ausencia de causa a fin de que el enriquecimiento obtenido a costa ajena pueda determinar la obligación de restituir; es aún necesario, a ese efecto, que ocurra una específica razón que permita calificar el enriquecimiento como *injusto*²⁰. La propia designa-

¹³ Contra, véanse P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2.ª ed., Oxford, 2005, pp. 12 ss.; y A. BURROWS, *The Law of Restitution*, 3.ª ed., Oxford, 2010, pp. 9 ss.

¹⁴ Cf. American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Restitution and Unjust Enrichment*, St. Paul, Minnesota, 2011.

¹⁵ Cf. GOFF & JONES, *The Law of Restitution*, 6.ª ed., Londres, 2002, pp. 453 ss.

¹⁶ Véanse, con respecto al Derecho español, L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, tomo 2, 11.ª ed., Madrid, 2015, p. 305; sobre el Derecho italiano, F. GALGANO, *Diritto privato*, 16.ª ed., Pádua, 2013, p. 400; en cuanto al Derecho francés, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, vol. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, 2007, p. 418; y sobre el Derecho portugués, D. LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, 1974; J.M. VIEIRA GOMES, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, 1998, p. 421, y L. MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, reimpressão, Coimbra, 2005, pp. 911 ss.

¹⁷ Así M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 416; L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 302; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 400.

¹⁸ Cf. E. VON CAEMMERER, “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, en H. DÖLLE/M. RHEINSTEIN/K. ZWIEGERT (organizadores), *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. I, Tübingen, 1954, pp. 333 ss. (p. 353).

¹⁹ Véanse el § 818(3) del BGB y el artículo 479, apartado 2, del Código civil portugués.

²⁰ Véase, por último, la sentencia proferida por el Tribunal Supremo del Reino Unido en el asunto *Bank of Cyprus UK Limited v. Menelaou*, [2015] UKSC 66.

ción del instituto en esos sistemas –*unjust enrichment*– refleja este requisito. La *condictio indebiti* tiene ahí, de todas maneras, un ámbito más restringido, una vez que no hay cualquier principio general que confiera a la persona que efectúa el pago de una deuda ajena el derecho a su restitución (la “*Rückgriffskondition*” alemana): como regla general, se exige al *solvens* que demuestre, a fin de obtenerla, la verificación de un *unjust factor*; como sea el error (de hecho o de derecho) en que incurrió al hacer el pago. Además, se excluye cualquier obligación de restituir fundada en la realización de mejoras no solicitadas ni aceptadas en una propiedad ajena (que los alemanes integran en la “*Verwendungskondition*”).

5. Los conflictos de leyes en materia de enriquecimiento sin causa

Estas son, sintéticamente, algunas de las razones por las cuáles no existe en la actualidad un *concepto* único de enriquecimiento sin causa, ni tampoco un *régimen uniforme* para ello en los distintos sistemas jurídicos nacionales.

De aquí resultan los conflictos de leyes en esta materia y la necesidad de determinar la ley aplicable a las situaciones de enriquecimiento sin causa conexas con más de un sistema jurídico.

Supongamos, a fin de ejemplificar dichos conflictos, los siguientes casos:

Ejemplo I: *A*, comerciante establecido en Sevilla, envía por error a *B*, un colega suyo de Lisboa, una caja de botellas de Jerez. *A* reclama la restitución de las botellas o de su valor. *B* se niega a hacerlo, invocando que suponía legítimamente tratarse de un regalo de *A* y que ya las consumió, a pesar que habitualmente no bebe Jerez, por lo que ningún beneficio actual logró obtener en razón del error de *A*; según el Derecho portugués, que *B* considera aplicable al caso, no hay, por consiguiente, lugar a cualquier restitución a *A*.

Ejemplo II: *C*, ciudadano británico, habitualmente residente en Londres, consiente a *D*, su compatriota, igualmente residente en Londres, la utilización de su casa de vacaciones en Marbella. Sin que *C* lo solicite, *D* pinta el inmueble e instala en él una alarma. Ésta, por hipótesis, no puede ser retirada sin daño para el inmueble. *D* reclama de *C* el pago de su valor, lo que éste rechaza, alegando que el Derecho inglés no le confiere semejante derecho.

Ejemplo III: *E*, ciudadano español, vende la cosecha de naranjas de una propiedad situada en Valencia perteneciente a *F*, ciudadano británico, pero que *E* suponía suya. *F* no aprueba la gestión de *E*. Éste invoca frente a *F* su supuesto derecho a la restitución de los gastos que realizó con la venta de los frutos, gracias a los cuales, según afirma, *F* se ha enriquecido a expensas suyas. *F* sostiene que ninguna restitución es debida a *E* según el Derecho inglés, que considera aplicable al caso; y reclama de él la indemnización de los daños que la intervención de *E* supuestamente causó a su propiedad.

En todas estas situaciones, se pregunta antes que nada: ¿Cuál es la ley aplicable a la supuesta obligación de restituir el enriquecimiento obtenido a costa de otro?

Ésta es, como veremos a continuación, una cuestión para la cual no hay, hasta hoy, una única solución posible. Lo que refleja el hecho de que el enriquecimiento sin causa no sólo ejerce diferentes funciones en los distintos sistemas jurídicos, sino que tiene también distintas funciones dentro de los mismos sistemas. No hay, por tanto, *unidad teleológica* en las diferentes manifestaciones del instituto.

II. Tipos de soluciones posibles para los conflictos de leyes en materia de enriquecimiento sin causa

En los sistemas nacionales de DIPriv., se pueden distinguir, con independencia del Reglamento de Roma II, cuatro tipos fundamentales de soluciones para el problema.

1. La aplicación de la *lex loci conditionis*

La primera consiste en la adopción de una regla de conflicto que determina la aplicación al enriquecimiento sin causa de la *ley del lugar del enriquecimiento*.

Ésta es la solución consagrada en el Derecho italiano. El artículo 61, apartado 1, de la Ley de Derecho Internacional Privado (únicamente aplicable a las situaciones no disciplinadas por el derecho de la Unión Europea) dispone: “La gestione di affari altrui, l’arricchimento senza causa, il pagamento dell’indebito e le altre obbligazioni legali, non diversamente regolate dalla presente legge, sono sottoposti alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l’obbligazione”.

Una regla casi idéntica figura en el artículo 3125 del Código Civil de Quebec, según el cual: “Les obligations fondées sur la gestion d’affaires, la réception de l’indu ou l’enrichissement injustifié sont régies par la loi du lieu de survenance du fait dont elles résultent”.

El hecho de que deriva la obligación de restituir, a que se refieren estas disposiciones, es el enriquecimiento sin causa o injustificado. La ley vigente en el lugar donde se produjo ese enriquecimiento será, por tanto, la ley aplicable a la obligación de restituir.

Esa ley tiene, por vía de regla, una conexión relevante con los hechos: es la ley del lugar donde se consumó la *causa de pedir* en la acción restitutoria. Posee, desde ese punto de vista, una cierta legitimidad para regular la obligación de restituir.

Sin embargo, en una economía globalizada y desmaterializada, una regla de conflicto como las de los Derechos italiano y quebequense puede conducir a la aplicación de la ley de un país que no tenga más que una *ligación fortuita* con los hechos: piénsese, por ejemplo, en los casos en que el enriquecimiento se produjo en un paraíso fiscal, donde el enriquecido posee un cuenta bancaria, a la cual el empobrecido transfirió electrónicamente ciertos fondos.

En cambio, la *condictio indebiti* tiene a menudo una ligación muy fuerte con una relación contractual que está en su origen. Esa ligación puede justificar la sujeción de la obligación de restituir a la *lex contractus* y no a la *lex loci*.

Por último, una vez que, en el enriquecimiento sin causa, están esencialmente en juego *intereses particulares*, no hay una razón preponderante para excluir la posibilidad de elección de la ley aplicable por las partes, que dichas reglas, sin embargo, no admiten.

La aplicación de la *lex loci conditionis* no parece, así, la mejor solución, por lo menos como conexión primaria.

2. La aplicación de la *proper law*

El intento de flexibilizar la determinación de la ley aplicable es el objetivo principal de la segunda solución posible para los conflictos de leyes en materia de enriquecimiento sin causa, que consiste en el recurso a reglas de conflicto que determinan la aplicación de la llamada *proper law* de la obligación de restituir el enriquecimiento, esto es, la ley que, en la opinión del tribunal, sea la *más apropiada* a ese efecto.

Esta solución fue preconizada en la doctrina inglesa previamente al Reglamento de Roma II. En su 14.^a edición, el influyente manual de *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*²¹ propugnaba, aunque con dudas (“*semble*”), lo siguiente sobre el tema:

- “(1) The obligation to restore the benefit of an enrichment obtained at another person’s expense is governed by the proper law of the obligation.
- (2) The proper law of the obligation is (*semble*) determined as follows:
 - (a) If the obligation arises in connection with a contract, its proper law is the law applicable to the contract;
 - (b) If it arises in connection with a transaction concerning an immovable, (land), its proper law is the law of the country where the immovable is situated (*lex situs*);
 - (c) If it arises in any other circumstances, its proper law is the law of the country where the enrichment occurs”.

²¹ Cfr. *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14.^a ed., Londres, 2006, vol. II, p. 1863, regla 230. En la edición siguiente, los editores han substituido esta regla por otra que reproduce, en lo esencial, las disposiciones del Reglamento de Roma II sobre la materia: cfr. *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, 15.^a ed., Londres, 2012, vol. II, p. 2289, regla 257.

Una regla igualmente inspirada en el diseño de flexibilizar el proceso de determinación de la ley aplicable fue adoptada en el segundo *Restatement* norteamericano sobre los conflictos de leyes, que declara en su § 221(1): “In actions for restitution, the rights and liabilities of the parties with respect to the particular issue are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6”.

Entre los factores que el tribunal podrá considerar en la determinación de conexión más significativa, se indican en el § 221(2) los siguientes:

- “(a) the place where the relationship between the parties was centered, provided that the receipt of enrichment was substantially related to the relationship,
- (b) the place where the benefit or enrichment was received,
- (c) the place where the act conferring the benefit or enrichment was done,
- (d) the domicil, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and
- (e) the place where a physical thing, such as land or a chattel, which was substantially related to the enrichment, was situated at the time of the enrichment”.

Algunos de estos factores coinciden con los de la regla de *Dicey, Morris and Collins*. Sin embargo, el *approach* norteamericano difiere del inglés en la medida en que la determinación de la conexión más significativa se hallará con referencia a los factores indicados en el § 6 del *Restatement*, en que se refleja la preferencia de sus redactores por la llamada *governmental interest analysis*. Estos son:

- “(a) the needs of the interstate and international systems,
- (b) the relevant policies of the forum,
- (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
- (d) the protection of justified expectations,
- (e) the basic policies underlying the particular field of law,
- (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
- (g) ease in the determination and application of the law to be applied”.

Se confiere al juez, en estas reglas, un alto grado de discreción en la determinación de la *lex causae*, que le permite adaptar la solución del litigio a las circunstancias de la causa. Pero esa flexibilidad de la regla de conflicto tiene, como contrapartida, alguna *incertidumbre* en cuanto a la ley aplicable, que, a menudo, sólo podrá preverse en los casos más simples²².

Por otra parte, una vez que el enriquecimiento sin causa es una materia en que se debaten esencialmente intereses privados, no se ve como puedan las *políticas estatales* iluminar, en esta materia, la determinación de la ley aplicable, en conformidad con lo que determina el párrafo 6 del *Restatement* norteamericano.

3. La aplicación de la *lex causae conditionis*

Una tercera solución consiste en la *designación indirecta* de la ley aplicable al enriquecimiento sin causa mediante su sujeción a la ley con base en la cual se produjo la transferencia patrimonial a favor del enriquecido²³.

²² Así G. PANAGOPOULOS, *Restitution in Private International Law*, Oxford/Portland, 2000, p. 118. El autor preconiza, como alternativa, la aplicación a la obligación de restituir de la “*proper law of the unjust factor*” (esto es, la circunstancia de que deriva el carácter injusto del beneficio obtenido a costa ajena), la cual define como “*the law of the place, with which the unjust factor has its closest and most real connection*” (cfr. *ibidem*, p. 167).

²³ Solución defendida, *ad ex.*, por K. ZWEIFERT/D. MÜLLER-GINDULLIS, “Quasi-Contracts”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law*, capítulo 30, n.º 20.

Si, por ejemplo, *A* paga a *B* el precio de una mercancía que perece antes de su expedición, la eventual obligación de *B* de restituir a *A* la prestación recibida en cumplimiento de ese contrato bilateral cuya contraprestación se tornó imposible será regida por la ley del propio contrato (v.g., la ley elegida por las partes).

Se alude, con el fin de caracterizar esta regla de conflicto, a una *conexión dependiente o accesoria*.

Ésta es la solución adoptada en el artículo 44 del Código Civil portugués de 1966, que establece que: “O enriquecimento sem causa é regulado pela lei com base na qual se verificou a transferência do valor patrimonial a favor do enriquecido”.

La misma solución ha triunfado en el artículo 10, apartado 9, de las Disposiciones Preliminares del Código Civil español, según el cual: “En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia de valor patrimonial en favor del enriquecido”.

Estas reglas (que valen hoy exclusivamente para las situaciones no reguladas por normas de conflicto europeas) son esencialmente dictadas por la preocupación de asegurar la *armonía jurídica material*, una vez que permiten evitar potenciales antinomias normativas entre la ley reguladora del acto que operó la transferencia patrimonial para el enriquecido y la ley reguladora de la obligación de restituir el enriquecimiento.

Se refleja en ellas, además, la *función complementaria* que, como hemos referido, las normas sobre el enriquecimiento sin causa ejercen relativamente a las del Derecho de los contratos y de la responsabilidad civil.

Por otra parte, la conexión accesoria disminuye la importancia de las cuestiones de calificación y de delimitación relativamente a otras reglas de conflicto (particularmente en materia de contratos, responsabilidad delictual y gestión de negocios) que pueden suscitarse en este ámbito.

Por último, es presumible que la aplicación de la ley designada por estas reglas corresponda a las expectativas de las partes, una vez que se designa así, a menudo, una ley que regula una relación preexistente entre ellas (generalmente de naturaleza contractual); y es razonable suponer que, si en su tiempo las partes hubieran considerado el problema, esperarían que esa ley regulara también cualesquiera obligaciones no contractuales conexas con dicha relación.

No obstante, hay que reconocerlo, se trata de reglas que no dan respuesta a las situaciones de enriquecimiento a costa ajena en que no hay una transferencia patrimonial a favor del enriquecido, como ocurre en ciertos casos de enriquecimiento por intervención en bienes ajenos²⁴.

4. Soluciones híbridas

Una cuarta solución combina las anteriores, mediante una distinción entre diferentes categorías de situaciones de enriquecimiento, a las cuales se aplican leyes diversas.

Ésta es la orientación actualmente acogida en el artículo 128 de la Ley suiza de DIPriv. (LDIP), que confiere autonomía a los casos de enriquecimiento en virtud de una relación jurídica, existente o supuesta, los cuales son regidos por la ley aplicable a esa relación, y los casos en que no exista una tal relación, los cuales son sometidos a la Ley del Estado en que el enriquecimiento se produjo²⁵. La LDIP admite también, en estos casos, la elección de la ley del foro²⁶.

²⁴ Nos parece excesiva, por ello, la afirmación de T.W. BENNETT, “Choice of Law Rules in Claims of Unjust Enrichment”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, pp. 135 ss. (p. 167), según la cual “for the purposes of the conflict of laws at least, enrichment deserves no separate category of its own”.

²⁵ Sobre él, pueden verse A.-C. IMHOFF-SCHEIER/P.M. PATOCCHI, *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws. L'acte illicite et l'enrichissement illégitime dans le nouveau droit international privé suisse*, Zürich, 1990, pp. 100 ss.; D. GIRSBERGER *et al.* (organizadores), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2.^a ed., Zürich, 2004, pp. 1413 ss. (por M. KELLER y K. KOSTKIEWICZ); y H. HONSELL *et al.* (organizadores), *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, 3.^a ed., Basel, 2013, pp. 1125 ss. (por A. FURRER).

²⁶ Dispone esa norma que: “1. Les prétentions pour cause d'enrichissement illégitime sont régies par le droit qui régit le rapport juridique, existant ou supposé, en vertu duquel l'enrichissement s'est produit. 2. A défaut d'un tel rapport, ces prétentions sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'enrichissement s'est produit; les parties peuvent convenir de l'application de la loi du for”.

También en el artículo 38 de la Ley de Introducción al Código civil alemán (aplicable hoy únicamente a las situaciones no comprendidas en el ámbito del Reglamento de Roma II), se distinguen desde la reforma de 1999²⁷: *a)* El enriquecimiento por prestación, al que se aplica la ley reguladora de la relación jurídica a que se refiere esa prestación; *b)* El enriquecimiento por intervención, a lo cual se aplica la ley del lugar de la ofensa; y *c)* El enriquecimiento proveniente de hechos que no quepan en las categorías anteriores, a los cuáles se aplica la ley del Estado en que se produjo el enriquecimiento²⁸. El artículo 42 de la misma Ley admite la elección por las partes del Derecho aplicable con posterioridad a que haya ocurrido el hecho generador del enriquecimiento²⁹.

La comparación jurídica pone de manifiesto que son muy distintas las situaciones posibles de enriquecimiento sin causa y que son también muy distintas las funciones de la obligación de restituir en esos diferentes supuestos, así como los intereses que se debaten en ellos. Estas reglas distinguen correctamente esas diferentes situaciones en el plano de su regulación por el DIPriv. Desde este punto de vista, se trata, por consiguiente, de soluciones adecuadas. Se puede, sin embargo, cuestionar las limitaciones que imponen a la autonomía privada en los casos en que la elección de la ley aplicable no afecte a los derechos de terceros.

III. El régimen del Reglamento de Roma II: ámbito material de aplicación

1. La necesidad de un concepto autónomo de enriquecimiento sin causa

El Reglamento de Roma II se ocupó, en su artículo 10, del enriquecimiento sin causa. El ámbito de aplicación de esta disposición se refiere, en la versión española, a las “obligaciones extracontractuales que se deriven del enriquecimiento injusto, incluido el pago de sumas indebidamente percibidas”. La versión inglesa menciona, a su vez, la noción de *unjust enrichment*. Pero la versión francesa, así como la italiana y la portuguesa, aluden al “enriquecimiento sin causa”.

Estas nociones no se encuentran definidas en el Reglamento; lo que no sorprende, una vez que, como hemos visto, no hay un *concepto unitario* de esta fuente de obligaciones extracontractuales en los sistemas jurídicos europeos.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Qué tipos de pretensiones restitutorias están cubiertas por dicha disposición? Ésta es, quizás, una de las cuestiones más delicadas que el tema en examen suscita.

A este respecto, hay que tener en cuenta el considerando 11 del Reglamento, en que se afirma que: “El concepto de obligación extracontractual varía de un Estado miembro a otro. Por ello, a efectos del presente Reglamento, la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo”.

La *interpretación autónoma*, a la que aquí se hace mención, corresponde a una orientación constante del TJUE en la definición de los conceptos constantes de los reglamentos comunitarios de DIPriv. Deberá, por ello, presidir también la determinación de lo que sea enriquecimiento sin causa a los efectos del artículo 10 de Reglamento³⁰.

Dicha noción no puede, por consiguiente, tenerse como coincidente con el concepto de enriquecimiento sin causa de un particular sistema jurídico nacional, máxime el de la *lex fori*³¹. Al contrario,

²⁷ Sobre cuyos trabajos preparatorios pueden verse P. SCHLECHTRIEM, “Bereicherungsansprüche im internationalen Privatrecht”, en E. VON CAEMMERER (org.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse*, Tubinga, 1983, pp. 29 ss.; ID., “Internationales Bereicherungsrecht”, *IPRax*, 1995, pp. 65 ss.; y D. EINSELE, “Das Kollisionsrecht der ungerechtfertigten Bereicherung”, *Juristenzeitung*, 1993, pp. 1025 ss

²⁸ El texto original de dicha disposición dice lo siguiente: “(1) Bereicherungsansprüche wegen erbrachter Leistung unterliegen dem Recht, das auf das Rechtsverhältnis anzuwenden ist, auf das die Leistung bezogen ist. (2) Ansprüche wegen Bereicherung durch Eingriff in ein geschütztes Interesse unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Eingriff geschehen ist. (3) In sonstigen Fällen unterliegen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Recht des Staates, in dem die Bereicherung eingetreten ist”.

²⁹ “Nach Eintritt des Ereignisses, durch das ein außervertragliches Schuldverhältnis entstanden ist, können die Parteien das Recht wählen, dem es unterliegen soll. Rechte Dritter bleiben unberührt”.

³⁰ En este sentido también *Münchener Kommentar zum BGB/Junker*, Rom II-VO, artículo 10, nota n.º 11.

³¹ Sin embargo, véase, en éste sentido, C. BRIÈRE, “Le règlement (CE) n.º 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (‘Rome II’)”, *Clunet*, 2008, pp. 31 ss. (p. 50).

una interpretación autónoma del concepto debe afrontarse, antes todo, con referencia a los *objetivos* y al *sistema* del reglamento, lo que permite identificar un cierto número de materias que, como veremos a continuación, deben considerarse excluidas del ámbito de aplicación del artículo 10.

Por otra parte, en la calificación de sendas pretensiones de restitución habrá que abstraerse de los particularismos de cada sistema jurídico y adoptar un *criterio funcional*, que atienda esencialmente a las finalidades visadas por las reglas materiales en que se basan dichas pretensiones. Lo que podrá justificar la inclusión en el ámbito del artículo 10, por ejemplo, de la obligación de restitución fundada en la intervención ilícita en bienes ajenos aunque sea caracterizada como delictual por la *lex causae*³².

2. La exclusión de la *condictio indebiti* por invalidez del contrato

En la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 10 del Reglamento de Roma II, hay que tener en consideración, además, que también el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) disciplina en su artículo 12, apartado 1, alinea *e*), una hipótesis de enriquecimiento sin causa. Se dispone en ese precepto que: “La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: [...] *e*) las consecuencias de la nulidad del contrato”.

En la versión portuguesa, se refieren en esta disposición, más ampliamente, “las consecuencias de la invalidez del contrato”.

La obligación de restituir las prestaciones recibidas en cumplimiento de un contrato declarado nulo o anulado es así sometida a la *lex contractus*³³.

El Reglamento de Roma I se aplica, por tanto, a una obligación no contractual: la obligación legal de restituir lo que hubiera sido prestado en cumplimiento de un contrato inválido. Se trata, sin embargo, de una obligación que tiene una ligación sustancial al contrato, dado que la invalidez de éste es la fuente de aquella.

En estos supuestos, el Reglamento de Roma II no se aplica a la *condictio indebiti*, una vez que el Reglamento de Roma I opera en relación a él como una *lex specialis*³⁴.

Esta solución está de acuerdo con el carácter subsidiario que, como hemos visto, la pretensión de restitución con base en el enriquecimiento sin causa tiene en ciertos sistemas jurídicos. En esos sistemas, como el portugués, la propia declaración de nulidad o anulación del contrato opera la restitución al patrimonio de cada una de las partes de los bienes (o su valor) con que la otra podría enriquecerse a costa ajena; la restitución no se opera, por consiguiente, según las normas de enriquecimiento sin causa. En particular, la restitución debe hacerse por entero, aunque sea menor, en el caso concreto, el efectivo enriquecimiento ocurrido.

Correspondientemente, en el plano del DIPriv. no hay que aplicar en dichos supuestos las reglas de conflictos relativas al enriquecimiento sin causa, sino las que regulan el contrato y su validez.

Es cierto que el artículo 10, apartado 1, del Reglamento de Roma II conduce, en principio, al mismo resultado que el artículo 12, apartado 1, alinea *e*), del Reglamento de Roma I, gracias a la

³² Véase sobre el tema, con particular referencia a la *restitution for wrongs*, A. CHONG, “Choice of Law for Unjust Enrichment/Restitution and the Rome II Regulation”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 863 ss. (pp. 864 ss.).

³³ Cabe observar, a este respecto, que la misma solución fue acogida en el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales; pero, al mismo tiempo, no obtuvo consenso en sus Estados miembros. Por un lado, porque, dado el carácter legal de esa obligación, no se debería de admitir con relación a ella, según algunos, que las partes pudieran influenciar la determinación de la ley aplicable al enriquecimiento mediante la elección de la ley aplicable al contrato, una vez que eso podría conducir a la aplicación de una ley sin cualquier conexión con los hechos. Por otro, porque, cuando la obligación de restituir sea un efecto de la invalidez del contrato (como sucede en Portugal: cf. el artículo 289, apartado 1, del Código Civil), sería más apropiado sujetar esa obligación a la ley aplicable a la causa de invalidez que a la *lex contractus*. El artículo 22, apartado 1, alinea *b*), del Convenio preveía, por ello, la posibilidad de que los Estados contratantes formularan una reserva al artículo 10, apartado 1, alinea *e*). Fue lo que hicieron el Reino Unido e Italia. Véanse, sobre el tema, E. JAYME, “L’articolo 10 della Convenzione di Roma del 1980 e l’arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato”, en T. TREVES *et al.* (organizadores), *L’Unificazione del Diritto Internazionale Privato e Processuale. Studi in Memoria di Mario Giuliano*, Pádua, 1989, pp. 523 ss.; y R. STEVENS, “Restitution and the Rome Convention”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1997, pp. 249 ss.

³⁴ Así P. HUBER/I. BACH, en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, 2011, p. 291.

conexión accesoria que adopta; pero no es indiferente la sumisión de la *condictio indebiti*, en estos casos, al Reglamento de Roma I, una vez que no se aplicara en ellos la cláusula de escape del artículo 10, apartado 4, del Reglamento de Roma II, la cual, como veremos a continuación, permite bajo ciertas condiciones someter la obligación restitutoria a una ley distinta de la *lex contractus*³⁵.

3. La exclusión del enriquecimiento sin causa por infracción de un derecho de propiedad intelectual

Otra exclusión del ámbito de aplicación del artículo 10 resulta de lo dispuesto en el artículo 13, según el cual: “A efectos del presente capítulo, el artículo 8 se aplicará a las obligaciones extracontractuales que se deriven de una infracción de un derecho de propiedad intelectual”.

En estos supuestos, la obligación de restituir se regula, conforme al artículo 8, apartado 1, por la ley del país para cuyo territorio se reclama protección (*lex loci protectionis*). Dicha ley no podrá excluirse, según el apartado 3 de la misma disposición, mediante un acuerdo adoptado en virtud del artículo 14.

Sí, por ejemplo, el titular de una licencia explota el invento licenciado en infracción a los términos de ésta, su eventual obligación de restituir el enriquecimiento así obtenido es regulada por la *lex*

4. La exclusión del enriquecimiento sin causa derivado de relaciones familiares y sucesorias o de la infracción de derechos de personalidad

Por último, hay que tener en cuenta la exclusión de las obligaciones extracontractuales referidas en el artículo 1, apartado 2, letras *a)*, *b)* y *g)*, por fuerza de las cuáles lo dispuesto en el artículo 10 no se aplicará al enriquecimiento sin causa derivado de relaciones familiares y sucesorias y de la infracción de derechos de personalidad.

En estos supuestos, se aplicarán, por tanto, las reglas de conflicto nacionales o las que se contengan en otros actos jurídicos europeos.

IV. El régimen del Reglamento de Roma II: ley aplicable

1. La elección por las partes de la ley aplicable

El Reglamento de Roma II fue mucho más lejos que el Convenio de Roma en la materia de la elección por las partes de la ley aplicable a la obligación de restituir en el enriquecimiento sin causa. Efectivamente, el artículo 14, apartado 1, del Reglamento admite, dentro de ciertos límites, esa elección:

“Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan:

- a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien
- b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño.

La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros”.

Dicha facultad de elección de la ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales está justificada en el considerando 31 del Reglamento de la siguiente manera: “Para respetar el principio de autonomía de las partes y reforzar la seguridad jurídica, estas deben poder elegir la ley aplicable a una obligación extracontractual. Dicha elección debe ser expresa o las circunstancias del caso deben mostrarla con una certeza razonable. A la hora de establecer la existencia de un acuerdo, el órgano jurisdiccional debe respetar la voluntad de las partes. Es conveniente proteger a las partes más débiles imponiendo algunas condiciones a esta elección”.

³⁵ En este sentido, véase también S. SENDMEYER, “Die Rückabwicklung nichtiger Verträge im Spannungsfeld zwischen Rom II-Verordnung und Internationalem Vertragsrecht”, *IPRax*, 2010, pp. 500 ss.

Esta facultad refleja, por otra parte, el hecho de que, a pesar de la diversidad de funciones que el instituto desempeña, en el enriquecimiento sin causa se debaten esencialmente intereses particulares.

El artículo 10 del Reglamento consiente además, como veremos a continuación, una elección indirecta de la ley aplicable, una vez que admite la sujeción de la obligación de restituir a la ley aplicable a un contrato preexistente entre las partes.

2. La conexión accesoria

Una solución del tercer tipo mencionado *supra* fue adoptada en el artículo 10, apartado 1, del Reglamento de Roma II, que somete la obligación de restituir el enriquecimiento sin causa, en primera línea, a ley aplicable a una relación existente entre las partes, que posea un vínculo estrecho con dicha obligación: “Cuando una obligación extracontractual que se derive de un enriquecimiento injusto, incluido el pago de sumas indebidamente percibidas, concierna a una relación existente entre las partes, como por ejemplo la derivada de un contrato o un hecho dañoso, estrechamente vinculada a ese enriquecimiento injusto, la ley aplicable será la ley que regule dicha relación”.

La conexión accesoria así acogida tiene su paralelo en lo dispuesto en el artículo 4, apartado 3, del Reglamento en materia de responsabilidad extracontractual por hechos dañosos. Pero, al revés del artículo 4, en el artículo 10, la conexión tiene carácter imperativo (salvo en los casos en que las partes elijan la ley aplicable o en que haya de funcionar la cláusula de escape).

Han prevalecido en esta solución, según se retira de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales*, las consideraciones ya mencionadas que justifican la conexión accesoria, máxime las que se relacionan con la preservación de la armonía jurídica material: “El método de la conexión accesoria, confirmado por el apartado 1, reviste una importancia particular en este tema, por ejemplo en caso de exceso de los límites de un mandato o de pago de la obligación ajena. Esta es la razón por la que se establece como norma rígida. La obligación presenta en efecto un vínculo tan estrecho con esta relación preexistente entre las partes que *es preferible que la totalidad de la situación jurídica esté regulada por la misma ley*. Al igual que en el marco de la cláusula de excepción general del apartado 3 del artículo 3, la expresión ‘relación preexistente’ contempla, en particular, las relaciones precontractuales y los contratos nulos”.³⁶

Siempre que se aplique la regla en cuestión, la ley aplicable se determinará por referencia a las reglas de conflictos que cubren la relación existente entre las partes a la que concierne el enriquecimiento injustamente obtenido por una de ellas. Si ésta es una relación contractual, habrá naturalmente que acudir al Reglamento de Roma I; si es una relación legal, se estará a lo dispuesto en las reglas de conflictos del Reglamento de Roma II (en especial, las relativas a la responsabilidad extracontractual derivada de la práctica de un hecho dañoso).

Cumple notar que, a diferencia del artículo 4, apartado 3, la disposición en examen no exige que se trate de una “relación preexistente entre las partes”³⁷. La relación en causa puede, por tanto, constituirse al mismo tiempo que ocurre el enriquecimiento³⁸. Lo que está de acuerdo con la *ratio* del artículo 11, apartado 1, que persigue esencialmente la *coherencia* en la reglamentación material de obligaciones extracontractuales estrechamente conexas entre sí.

Una conexión accesoria del enriquecimiento sin causa a la ley reguladora de la responsabilidad extracontractual será posible, por consiguiente, en los casos de enriquecimiento por intervención en bienes ajenos de que resulten también daños a su titular (es, v.g., lo que ocurría en el ejemplo III *supra*)³⁹.

³⁶ Cf. el documento COM/2003/0427 final, *sub* artículo 9. El énfasis es nuestro.

³⁷ Sin embargo, véanse en este sentido, A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008, p. 501; y P. HUBER/I. BACH, *op. cit.*, p. 294.

³⁸ Así también G. FISCHER, “Ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag im europäischen Internationalen Privatrecht”, en J. BERNREUTHER y otros (organizadores), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Munich, 2010, pp. 151 ss. (p. 152), con más referencias.

³⁹ Las hipótesis de *restitution for wrongs* deben no obstante calificarse, según los editores de *Dicey, Morris and Collins*,

3. La aplicabilidad de la *lex communis*

A falta de una relación entre las partes, se aplicará, según el apartado 2, la ley del país donde las partes tengan su residencia habitual común en el momento en que se produjo el hecho que dio lugar al enriquecimiento sin causa: “Cuando la ley aplicable no pueda ser determinada sobre la base del apartado 1 y las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produce el hecho que da lugar al enriquecimiento injusto, se aplicará la ley de dicho país”.

Esta regla tiene un evidente paralelismo con la del artículo 4, apartado 2, del Reglamento, que somete igualmente la responsabilidad extracontractual a la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento en que se produzca el daño.

Además de corresponder presumiblemente a las expectativas de las partes, dicha regla favorece la coincidencia entre la ley aplicable y el tribunal competente, lo cual es recomendable desde el punto de vista de la buena administración de la justicia. Es lo que ocurriría en el ejemplo II mencionado *supra*, si el enriquecido fuera demandado ante los tribunales ingleses.

4. La aplicabilidad de la *lex loci conditionis*

Si las partes no tienen residencia habitual en el mismo país, determina el apartado 3 que la ley aplicable a la obligación de restituir es la del país en que se produjo el enriquecimiento: “Cuando la ley aplicable no pueda ser determinada sobre la base de los apartados 1 o 2, será aplicable la ley del país en que se produjo el enriquecimiento injusto”.

Se incluyen en este supuesto, por ejemplo, las transferencias patrimoniales entre personas ausentes no afectadas como titulares por relaciones contractuales entre ellas (como la que se verificaba en el ejemplo I referido *supra*) y las situaciones de intervención en bienes ajenos que sean utilizados o explotados sin el consentimiento de su titular, pero de la que no resulten daños a indemnizar.

¿Pero que debe entenderse por país en que se produjo el enriquecimiento a los efectos de esta disposición?

El Reglamento no lo define. Sin embargo, por analogía con lo que establece el artículo 4, apartado 1, en materia de responsabilidad civil por hechos dañosos, se deben excluir como tales: *a)* El país donde haya ocurrido el *hecho generador* del enriquecimiento, cuando sea diferente del país donde se produjo este último, una vez que el elemento decisivo en la acción restitutoria es el enriquecimiento y no su hecho causal⁴⁰; y *b)* El país donde se hayan producido las *consecuencias indirectas* del hecho en cuestión (v.g. la retirada de dinero por el enriquecido de su cuenta bancaria, ocurrida en un lugar diferente del país donde esta está situada), dado su carácter a menudo fortuito e imprevisible.

Si el enriquecimiento se produjo en varios países, habrá que aplicar la ley local a las consecuencias del enriquecimiento ocurrido en cada uno de esos países o, como alternativa, encontrar el *centro del enriquecimiento*⁴¹.

A estos efectos, tiene interés considerar lo dispuesto sobre el *ubiquitous infringement* en el artículo 3:603(1) de los Principios CLIP (regla aplicable, según su artículo 3:605, a las acciones fundadas en el enriquecimiento injusto)⁴²: “En los litigios relativos a infracciones llevadas a cabo a través de medios ubicuos como Internet, el tribunal podrá aplicar la ley del Estado que presente los vínculos más

como relativas a una obligación extracontractual derivada de un hecho dañoso en el sentido del artículo 4(1) del Reglamento: cf. *op. cit.*, vol. II, p. 2307.

⁴⁰ Una propuesta del Parlamento Europeo en ese sentido fue rechazada en la posición común del Consejo y del Parlamento: véase, sobre el punto, A. DICKINSON, *op. cit.*, p. 504.

⁴¹ P. HUBER/I. BACH, *op. cit.*, p. 299.

⁴² Cfr. *Principios sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual*, elaborados por el Grupo Europeo Max Planck sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual (CLIP). Traducción al español de P.A. DE MIGUEL ASENSIO, disponible en http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Principios_CLIP.pdf. Véase, sobre esa disposición, el comentario de A. KUR en EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY (organización), *Conflict of Laws in Intellectual Property. The CLIP Principles and Commentary*, Oxford, 2013, pp. 314 ss.

estrechos con la infracción si puede considerarse que la infracción se produce en cada uno de los Estados de recepción de la señal”.

Para determinar qué Estado presenta los vínculos más estrechos con la infracción, el Tribunal tomará en consideración, según el artículo 3:603(2) de dichos Principios, todos los factores relevantes, incluyendo en particular:

- “(a) la residencia habitual del infractor;
- (b) el establecimiento principal del infractor;
- (c) el lugar donde se han llevado a cabo actividades sustanciales para el desarrollo de la infracción en su conjunto;
- (d) el lugar donde el daño causado por la infracción es sustancial con respecto al conjunto de la infracción”.

5. La cláusula de escape

Si resulta del conjunto de las circunstancias de la causa que la obligación de restituir fundada en el enriquecimiento sin causa posee una conexión más estrecha con otro país, se aplicará la ley de éste, *ex vi* del artículo 10, apartado 4, según el cual: “Si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de un enriquecimiento injusto presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1, 2 y 3, se aplicará la ley de este otro país”.

Esto puede ser lo que ocurre en ciertos casos en que el enriquecimiento se produjo en un país donde sólo existe, por ejemplo, una cuenta bancaria del enriquecido.

Esta *cláusula de escape* es muy similar a las de los artículos 4, apartado 3, e 5, apartado 2, del Reglamento; valen con respecto a ella, por consiguiente, las consideraciones que, en la doctrina y la jurisprudencia, se hacen con relación a éstas, particularmente el *carácter excepcional* de su funcionamiento, que se infiere también de la exigencia en el artículo 10, apartado 4, de *vínculos manifiestamente más estrechos con otro país*.

Por otra parte, la cláusula no opera cuando la ley aplicable hubiera sido elegida por las partes al abrigo del artículo 14⁴³.

V. Balance

El régimen del Reglamento de Roma II sobre el enriquecimiento sin causa constituye un claro progreso ante la situación preexistente en los Derechos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Por una parte, gracias a la diversificación de las reglas de conflicto que consagra a este respecto; por otra, debido a la flexibilización que introdujo en la reglamentación de esta materia mediante la admisión de la elección por los interesados de la ley aplicable y de la cláusula de escape.

Sin embargo, el Reglamento se muestra insatisfactorio en algunos puntos. Destacaremos entre ellos: *a)* La exclusión de los supuestos relacionados con la infracción de los derechos de personalidad; *b)* La sujeción del enriquecimiento derivado de la infracción de derechos intelectuales, necesariamente, a la *lex protectionis*; *c)* Las dudas de interpretación que suscita la remisión a la ley reguladora de una “relación existente entre las partes”; y *d)* La indefinición de la ley aplicable a los supuestos en que el enriquecimiento resulte de hechos practicados en medios de comunicación ubícuos. Relativamente a estos puntos, se justificará, en el futuro, una revisión del Reglamento.

⁴³ Así también A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008, p. 149.

ACCIONES DERIVADAS DE ILÍCITOS ANTITRUST: EL FORO
ESPECIAL DE LA OBLIGACIÓN EXTRA CONTRACTUAL
DESPUÉS DE LA SENTENCIA CDC HYDROGEN PEROXIDE
PRIVATE ANTITRUST ACTIONS: SPECIAL TORT JURISDICTION
AFTER THE DECISION CDC HYDROGEN PEROXIDE

JULIA SUDEROW

*Doctora en Derecho
Rechtsanwältin y Abogada*

Recibido: 26.05.2016 / Aceptado: 03.06.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3262>

Resumen: El presente estudio analiza las acciones civiles derivadas de ilícitos antitrust en el ámbito transnacional. En concreto se estudia la determinación de los tribunales competentes y las dificultades que se plantean en la práctica. Las acciones *follow on* derivadas de sanciones impuestas por la Comisión Europea entrañan diversas dificultades a la hora de fijar el foro de la obligación extracontractual según el artículo 7.2. R. 1215/2012. La sentencia del TJUE *CDC Hydrogen Peroxide* resuelve sólo parte de las dudas por lo que el presente trabajo concluye con una propuesta adicional basada en el criterio del mercado afectado directa y sustancialmente recogido en el artículo 6.3.b Reglamento Roma II.

Palabras clave: Art. 7. 2. R. 1215/2012, foro de la obligación extracontractual, hecho dañoso, daños plurilocalizados, cárteles, aplicación privada del Derecho Antitrust, Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA, competencia judicial internacional en materia delictual o cuasidelictual, jurisdicción, defensa *passing on*, efecto paraguas, cesión de créditos.

Abstract: This work analyses private antitrust damage actions in a transnational context. The analysis focuses in the determination of the competent tribunals and the practical difficulties that can be faced by *follow on* claims derived from decisions of the European Commission. The jurisdiction rules set for tort claims in article 7.2. Regulation 1215/2012 present interpretation problems in this kind of actions. The Decision of the EUJ *CDC Hydrogen Peroxide* solves in our opinion only part of the existing doubts. This work concludes with an additional proposal based on the criteria established in article 6.3.b Regulation Rome II that allow to apply the law of the directly and substantially affected market.

Keywords: Art. 7. 2. R 1215/2012, international jurisdiction, non contractual obligations, Damage actions, place of action, multistate damages, torts, cartels, private enforcement of antitrust Law, Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA, competent courts in tort claims, jurisdiction, *passing on* defence, umbrella effects, transfer of claims.

Sumario: I. Introducción, 1. Definición de acciones derivadas de ilícitos antitrust; 2. El caso CDC Hydrogen Peroxide SA; II. El foro del artículo 7.2 R. 1215/2012 y las acciones derivadas de ilícitos antitrust; 1. Características comunes; 2. Definición de obligación extracontractual; 3. Deter-

* El presente estudio se basa en una parte de la tesis doctoral defendida por la autora en febrero de 2015 en la Universidad Carlos III de Madrid. Deseo expresar mi agradecimiento al Prof. Dr. Alfonso Calvo Caravaca y a la Prof. Dra. Esperanza Castellanos Rodríguez y al Tribunal de la Defensa de la tesis compuesto por el Prof. Dr. Luis Velasco San Pedro, la Prof. Dra. Pilar Canedo Arrillaga y la Prof. Dra. Juliana Rodríguez Rodrigo por sus útiles comentarios a la tesis doctoral defendida aunque, por supuesto, la responsabilidad por todos los errores y omisiones sea sólo mía.

minación del lugar del hecho dañoso o lugar del daño; A) La Ubicuidad: *Mines de Potasse, Torline, Kronhofer, Zuid Chemie*; B) Daños plurilocalizados y tesis del mosaico, *Shevill y Kronhofer*; C) Daños plurilocalizados e Internet: *E-Date, Wintersteiger, Pinckney*; 4. El lugar del hecho dañoso o lugar del daño en los ilícitos antitrust; A) Lugar o lugares de adopción del acuerdo ilícito o decisión ilícita; B) Lugar de materialización del perjuicio; C) Lugar de implementación del acuerdo; D) Valoración; 5. Atribución de las actuaciones de otros implicados o demandados; A) Actos de otros miembros del cártel B) Atribución de otras empresas del grupo, concepto de *undertaking*; III. Conclusión: ¿La oportunidad perdida?

I. Introducción

1. La Libre Competencia es un proceso de interacción basado en la libertad de los distintos agentes económicos cuya efectividad depende de la posibilidad de que cada individuo pueda defenderse frente a una infracción de la competencia, además de la vigilancia y en su caso sanción por los poderes públicos. En efecto, los arts. 101 y 102 TFUE tienen eficacia jurídica directa frente a particulares generando derechos y obligaciones. Esto se conoce como la aplicación privada del Derecho antitrust o *Private Enforcement*¹. Surge de los propios agentes del mercado que pueden ser víctimas de una conducta anticoncurrencial o participar en la misma. Así, los operadores económicos pueden exigir el cumplimiento de las normas antitrust y la reparación de los daños generados por un incumplimiento. En este sentido, los Tribunales Europeos desde *BRT Sabam*, en el año 1974, pasando por las sentencias *Courage*, *Manfredi*, *Otis*, *Pfleiderer*, *Donau Chemie*, *EnBv*, *Kone*, *FyAl* y *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA* han avanzado en la determinación del derecho de toda persona a solicitar resarcimiento por el perjuicio que le haya irrogado un comportamiento que puede restringir o falsear el juego de la competencia². A nivel nacional también contamos con una prolija experiencia en diversos Estados miembros e incluso en las jurisdicciones más reticentes se observa un notable avance en los últimos años³. En este sentido la Directiva 2014/104 de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la Competencia (en adelante la “Directiva de Daños”) armonizará una serie de aspectos que solucionarán parte de los desajustes detectados en la práctica⁴. Por otro lado, las acciones derivadas

¹ Véase al respecto entre otros: L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 137 y D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013.

² STJCE, 30 enero 1974, *BRT/SABAM*, C-127/73, Rec. 1974; p. 51. STJCE, 6 febrero 1973, *Brasserie de Haecht*, C 48/72, Rec. 1973 p. 77. STJCE, 28 febrero 1991, *Delimitis*, C 234/89, Rec. 1991, p. 935;

STJCE, 16 diciembre 1976, *Rewe*, C33/76, Rec. 1976, p. 1989; STJCE, 16 diciembre 1976, *Comet*, C 45/76, Rec. p. 2043; STJCE, 14 diciembre 1995, *Van Schijndel y Van Veen*, C 430/93 y C 431/93, Rec. 1995, p. 4705; STJCE, 10 abril 1984, *von Colson*, C 14/83, Rec. 1984, p. 1981; STJCE, 20 septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, Rec. p. 6297 y STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, Rec. 2006, p. 6619; STJUE, 14 junio 2010, *Pfleiderer*, C 360/09, Rec. 2010, p. 05161; STJUE, 6 noviembre 2012, *Otis y otros/Comisión*, C 199/11. STJUE, 6 junio 2013, *Donau Chemie*, C 536/11; STJUE, 27 febrero 2014, *EnBW* C-365/12 P. STJUE, 5 de Junio 2014, *Kone*, C 557/12; STJUE, 23 Octubre 2014, *AS FlyLAL*, C302/13. CE, 3 mayo 2006, *Akzo Nobel NV, Degussa, Kemira*, COMP/F/C.38.620.- Peróxido de hidrógeno y perborato, DO L 353, p. 54. STJUE, 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global*, C 228/11; STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13.

³ D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7035 y s. D.P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Munich, Nomos, 2011, p. 31. D. ASHTON, C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community Competition Law”, en *ZWeR* 2006; A. KOMNINOS, *EC Private antitrust Enforcement*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 1-2; Sobre la eficacia de la aplicación privada en Europa véase el estudio realizado por B. RODGER y otros, *Application of Competition Law in the National Courts*, conclusiones disponibles en <http://www.clcpecreu.co.uk/> (consultado por última vez el 19.5.2016). A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 603; Sobre la naturaleza del derecho de compensación véase: G. MEESEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011, p. 4.

⁴ 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 demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394. (en adelante Directiva

del incumplimiento de la normativa antitrust son necesarias para conseguir un sistema efectivo de libre competencia que permita la compensación del daño ilícito al perjudicado por la conducta ilegal⁵.

2. El presente estudio analiza la interacción entre el Derecho Internacional Privado Europeo y la aplicación privada del Derecho Europeo de la Competencia cuando distintos agentes económicos se han visto perjudicados por un cartel transnacional llevado a cabo por varias empresas. Tal y como se ha indicado, los perjudicados pueden exigir la responsabilidad civil extracontractual y la compensación de los daños causados por las empresas que hayan infringido el Derecho Europeo de la Competencia ante los tribunales civiles de los distintos Estados miembros. De esta forma, el Derecho Internacional Privado se convierte en un factor esencial para valorar la viabilidad de la acción a ejercer. Una de las cuestiones más polémicas hasta la fecha es la competencia judicial internacional y en concreto el foro especial en materia extracontractual recogido en el artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Diciembre de 2012, conocido como *Bruselas I bis* sobre la Competencia Judicial Internacional en cuestiones civiles y mercantiles⁶. Este estudio se limitará a definir las opciones que permite este artículo y la interpretación realizada por los Tribunales Europeos y Nacionales y por la doctrina. Se trata de un debate que culmina con la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de Mayo de 2015 en el asunto *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA* en la que el Tribunal establece los criterios a seguir tratando de resolver las dudas existentes⁷. El análisis de la sentencia será el eje central del presente estudio por tratarse por un lado de la principal interpretación jurisprudencial europea en este ámbito y por el otro por las particularidades del caso planteado que recoge los elementos esenciales que se plantean en este tipo de acciones de forma recurrente. Por supuesto que en cada caso las partes disponen del resto de opciones recogidas por el R. 1215/2012 tales como el foro de la sumisión expresa cuando exista una relación contractual, el foro del domicilio del demandado, el foro de la conexidad y otras opciones que se analizarán en siguientes trabajos⁸. De hecho, en la sentencia *CDC Hydrogen Peroxide*, el Tribunal de Justicia también analiza estas opciones. Sin perjuicio de lo anterior, el presente trabajo se centra en un análisis más exhaustivo del foro del hecho dañoso en materia extracontractual, presentando el extenso desarrollo doctrinal y jurisprudencial de los Tribunales Europeos y tribunales nacionales en cuestiones similares desde la entrada en vigor del Convenio de Bruselas hasta la fecha.

1. Definición de acciones derivadas del incumplimiento de la normativa antitrust

3. La primera cuestión a responder es qué se entiende exactamente por acciones civiles derivadas del incumplimiento de la normativa antitrust. Las acciones que se pueden plantear en este ámbito se inician

de Daños). Sobre la Directiva y su transposición al Derecho Nacional véase: A. CALVO CARAVACA, J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del derecho antitrust” en *CDT*, Vol. 7 Nº2, pp. 114-157. Sobre la Directiva en general véase: 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; 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; 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.

⁵ Considerando 3 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 demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

⁶ En adelante R. 1215/2012.

⁷ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13.

⁸ Véase al respecto: J. RODRIGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho de la Competencia” en *CDT*, Vol 1, Nº 1, pp.186-225. C. ORÓ MARTINEZ, “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional” en *Diario La Ley*, 3.11.2015. J. SUDEROW, “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho antitrust: forum shopping y demandas torpedo”, en *CDT* 2010, Vol. 2, pp. 315-331 y “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?” en *CDT* 2013, Vol. 5, pp. 184-198.

por empresas o particulares que hayan sufrido o sufren las consecuencias de una infracción del Derecho antitrust, Europeo o nacional. Esto incluye no sólo a las acciones de reparación sino que también engloba acciones declarativas sobre la existencia de una conducta colusoria, o de un abuso de posición dominante, solicitudes de declaración de nulidad o acciones de cesación⁹. Este estudio se centra en el análisis las acciones de reparación de los daños y perjuicios causados por la infracción de los arts. 101 y 102 del TFUE que prohíben conductas como cárteles o el abuso de la posición dominante en el ámbito transnacional por ser las más comunes. Estas acciones se dividen en dos categorías en función de su origen:

- *Acciones Follow On*: Se basan en un procedimiento administrativo sancionador previo para justificar sus pretensiones en la jurisdicción civil. El demandante en este caso usa la decisión administrativa previa como prueba para acreditar los hechos y el origen del daño causado¹⁰.
- *Acciones Stand Alone*: La segunda categoría incluye las acciones que no se basen en una decisión administrativa previa. En este caso, el demandante debe probar la infracción, la responsabilidad, el daño y la causalidad¹¹.

4. En todos estos casos la víctima de la conducta, por ejemplo un comprador, ya sea empresa o consumidor sufre una pérdida o daño originado como efecto de la actuación contraria al Derecho antitrust. Los perjudicados pueden encontrarse en cualquier punto de la cadena de distribución. De esta forma, las acciones se pueden plantear por compradores directos que realizan la primera compra de la empresa infractora, o indirectos que hayan adquirido el producto de intermediarios. Los demandados serán aquellos, empresas o personas físicas que hayan infringido el Derecho antitrust. En un contexto transnacional las acciones *follow on* son las más frecuentes y se caracterizan por los siguientes elementos comunes:

- El Derecho infringido es el Comunitario, en concreto los arts. 101 y 102 TFUE¹².
- El Derecho a reclamar la reparación de los daños y perjuicios está plenamente reconocido por los Tribunales de la UE y por la Directiva de Daños.
- Aunque la infracción se rija por el Derecho Comunitario, el resto de aspectos se regirán por el Derecho Nacional.
- El Derecho Nacional, procesal y material varía entre los distintos Estados miembros.
- La incorporación de la Directiva de Daños al Derecho Nacional de los Estados miembros armonizará una serie de aspectos.

5. Ahora bien, a pesar de los elementos comunes definidos y de que la Directiva de Daños que como su propio nombre indica se refiere a determinadas normas, quisiera resaltar una serie de factores que se diferencian entre los distintos Estados:

- Factores externos: Cultura, financiación externa, agilidad del sistema judicial, experiencia de jueces, abogados, economistas, prensa, etc.
- Derecho procesal: Acceso a las pruebas, costas judiciales, mecanismos transaccionales, protección del solicitante de clemencia, etc.
- Derecho Material: Responsabilidad de la matriz y sus filiales, intereses de demora, etc.

6. De acuerdo con la Comisión Europea en tan sólo el 25% de los cárteles internacionales que ha sancionado esta institución, se han planteado acciones de daños y perjuicios contra los miembros de dichos cárteles¹³.

⁹ D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, p. 21. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford 2012, p. 295.

¹⁰ Sirva como ejemplo los casos españoles: STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros y Ebro* R 651/2013 y STS, 8 junio 2012, *Nestlé y otros y ACOR*, R 344/2012.

¹¹ STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001 p. 6297 y STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619.

¹² A. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust Europeo, Tomo I, Parte General, la Competencia*, Madrid Colex 2009, p. 344.

¹³ A. ITALIENER, *Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust*

Esto se debe a una serie de dificultades a las que se enfrentan este tipo de acciones. Asimismo, las diferencias antes descritas están generando un desequilibrio geográfico y *forum shopping* en Europa, ya que las partes emplearán el Derecho Internacional Privado para conseguir sus objetivos. En efecto, en la última década se ha podido constatar que la aplicación privada transnacional se está concentrando en aquellos Estados miembros que ofrecen el mejor marco, como son el Reino Unido, Países Bajos, Alemania, Austria y Finlandia¹⁴. También están proliferando demandas de grupos de perjudicados y gran cantidad de demandados incluyendo empresas pertenecientes a grupos empresariales para superar de forma conjunta las dificultades que puede plantear una acción individual¹⁵. Sirva como ejemplo la cruzada iniciada por la multinacional *Deutsche Bahn* que está reclamando daños y perjuicios en distintas jurisdicciones Europeas contra los miembros de diversos cárteles, fabricantes de raíles, ascensores, cántodos de grafitos, operadores de tarjetas de crédito y más recientemente traviesas de hormigón y acero¹⁶.

Los países más populares por las facilidades que presentan para este tipo de demandas son los siguientes: En el Reino Unido, el acceso a las pruebas es más sencillo que en otras jurisdicciones y aunque las costas sean muy elevadas, su derecho procesal fomenta la resolución transaccional¹⁷. Holanda resulta especialmente atractiva gracias a la celeridad de sus tribunales. Las costas son en comparación con otras jurisdicciones bastante modestas. En esta jurisdicción también se permite la cesión de los créditos a una sola entidad creada como vehículo para la acción contra el cártel, facilitando el reparto del riesgo y la economía de escala que permiten optimizar el coste del litigio además de disponer de un mecanismo de arbitraje voluntario colectivo para este tipo de daños.¹⁸ Los tribunales alemanes cuentan con una experiencia extensa en litigios derivados del incumplimiento de las normas antitrust aunque se muestren reacios a aceptar vehículos que agrupan demandas¹⁹. Otros países, los preferidos por el *Bad forum Shopping* que podrían ser Bélgica, Grecia o Italia pueden considerarse atractivos para aquellos que quieran bloquear posibles acciones de reparación con demandas declarativas negativas o torpedos. Los anteriores datos muestran que estas diferencias además de *forum Shopping* (bueno y malo) están fomentando el fenómeno conocido como *rush to the courts* ya que por un lado los miembros de un cártel pueden iniciar torpedos o acciones similares mientras que las víctimas acuden a los tribunales sin tratar de alcanzar acuerdos extrajudiciales, lo que por supuesto aumenta la carga de trabajo de los tribunales afectados.

damage actions consultado por última vez el 23.5.2016 en http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf. F. CANTOS, "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", en *GJUEC*, 36, La Ley, 871/81/2013, p. 2.

¹⁴ P.L. KRAUSKOPF, A. TKACIKOVA, "Competition Law Violations and Private Enforcement: Forum Shopping Strategies", en *GCLR* 2011, p. 26. H. MERCER, "Applicable Law in Cross Border EU Competition Law Actions- Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy", en M. DANOV, F. BECKER Y P. BEAUMONT, *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 329. T. SCHREIBER, "Praxisbericht Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche" en *KSzW* 2011, pp. 37-46, p. 40.

¹⁵ UK. C.A. *Provimi vs. Aventis* 2003, EWHC 961; *Devenish Nutrition vs. Sanofi Aventis*, 2007, EWHC 2394 y 2008 EWCA Civ 1086, *Cooper Tire vs. Shell Chemicals*, 2009, EWHC 2609 y 2010 EWCA Civ 864, *Toshiba Carrier vs. KME* 2011, EWHC 2665 y 2012 EWCA Civ 1190; *Nokia Corporation vs AU Optronics Corporation & Ors*, 2012, EWHC 731 (Ch); *Bord Na Mona vs. BPI*, 2012 EWHC 3346, *Deutsche Bahn vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*, 2013, CAT 18; *Deutsche Bahn AG. & Ors. Vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*. 2013 EWCA Civ 1484.

¹⁶ Véase al respecto las noticias en prensa sobre estos casos: <http://www.ft.com/intl/cms/s/2/7f2df240-8fca-11e2-9239-00144feabdc0.html#axzz2kc7oCRtW> y <http://gulfnews.com/business/general/deutsche-bahn-suing-steel-firms-over-price-fixing-1.1324905>

¹⁷ Consultados por última vez el 19 de mayo 2016.

¹⁸ R. WHISH, "Acciones de Daños en los tribunales de Inglaterra y Gales", en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 155-166, p. 162; C. COOK, "Developments in European and UK Cartel Damages Litigation", en A. FONT I RIBAS, T. GÓMEZ, *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona, Marcial Pons 2013, pp. 17-28, p. 26; L. IDOT, "Access to evidences and Files of Competition Authorities", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 257-286; J. MARTIN, "Private antitrust Litigation in Europe: What Fence is high enough to keep out the litigation cowboy?" en *ECLR* 2007, pp. 2-7.

¹⁹ H. VAN LITH, *The Dutch collective settlements act and private international law*, Rotterdam, Erasmus University Rotterdam 2010, p. 41.

²⁰ Véase al respecto la sentencia LG Düsseldorf, de 17 diciembre 2013, 37 O 200/09 (Kart.) U. *Zementkartell II* y T. MAKATSCH Y V. ABELE, „Das Ende kollektiver Kartellschadensersatzklagen in Deutschland?“ en *WuW* 2014, p. 183.

1. El caso *CDC Hydrogen Peroxide*

7. La sentencia del TJUE *CDC Hydrogen Peroxide* responde a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Regional de Dortmund. El litigio en el procedimiento principal se centra en una reclamación *follow on* que siguió a una decisión del 3 de mayo de 2006, en la que la Comisión Europea consideró que algunas empresas que suministran peróxido de hidrógeno y perborato sódico habían participado en un cártel, infringiendo las normas comunitarias de competencia. En consecuencia, algunas de esas empresas fueron condenadas a pagar una multa²⁰. Las conductas sancionadas por la Comisión consistieron en el intercambio de información comercial, limitación o control de la producción, reparto del mercado y la fijación y vigilancia de precios. Estas conductas se acordaron en reuniones y conversaciones telefónicas mantenidas de forma regular en varios Estados miembros, Bélgica, Francia y Alemania. Así, y tal como resalta el TJUE el cártel tuvo un alcance claramente paneuropeo²¹. *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA* (en adelante, «CDC»), sociedad establecida en Bélgica a quien 71 empresas perjudicadas por dicha infracción le habían cedido sus derechos a una indemnización por las pérdidas económicas sufridas como consecuencia del cártel, demanda el 16 de marzo de 2009 a seis de las sociedades sancionadas por la Comisión, domiciliadas en seis Estados miembros. En concreto plantea su reclamación contra *Evonik Degussa GmbH* (Alemania), *Akzo Nobel NV* (Países Bajos), *Solvay SA* (Bélgica), *Kemira Oyj* (Finlandia), *Arkema France SA* (Francia) y *FMC Foret SA* (España).

Aunque las empresas demandadas estaban domiciliadas en diferentes Estados miembros, *CDC* inicia un solo procedimiento ante el tribunal del domicilio social de *Evonik Degussa* en Alemania y afirma en su demanda que los tribunales alemanes tienen jurisdicción para fallar en contra de todos los demandados. Ahora bien, en septiembre de 2009, *CDC* desiste de su demanda contra dicha sociedad alemana por haber llegado a un acuerdo transaccional con ella. El resto de compañías plantean una excepción de incompetencia internacional basándose, entre otros, en que algunos de los contratos de suministro contenían cláusulas de arbitraje y cláusulas de elección de foro.

8. Ante las diferentes cuestiones que se suscitaban y dado que su competencia podría basarse únicamente en varias disposiciones del Reglamento Bruselas I, el Tribunal Regional de Dortmund suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales en relación al foro de la conexidad, foro de sumisión expresa y el foro en materia extracontractual, objeto del presente trabajo. En concreto y en relación al foro en materia extracontractual el Tribunal de Dortmund planteó la siguiente pregunta:

¿Debe interpretarse el artículo 5, punto 3 del Reglamento n° 44/2001 en el sentido de que- en un supuesto en el que se presente una demanda, para que se facilite información y se indemnicen daños y perjuicios, contra demandadas domiciliadas en diversos Estados miembros de la Unión Europea por haber participado en distintos Estados miembros y en diferentes lugares y momentos en una infracción única y continuada del artículo 81 CE/artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, constatada por la Comisión Europea- el hecho dañoso se produjo, en relación a cada demandado y con respecto al conjunto de perjuicios alegados o al perjuicio general, en aquellos Estados miembros en los que se celebraron y aplicaron los acuerdos colusorios?

²⁰ CE, 3 mayo 2006, *Akzo Nobel NV, Degussa, Kemira*. COMP/F/C.38.620.- Peróxido de hidrógeno y perborato, DO L 353, p. 54.

²¹ C. ORÓ MARTINEZ, “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional” en *Diario La Ley*, 3.11.2015.

Así las cosas, esta pregunta lleva tiempo ocupando a la doctrina²². En la práctica y hasta la fecha, las dudas existentes en casos similares al que nos ocupa, los demandantes han optado, por lo general, por el foro del domicilio de uno de los demandados como en el presente asunto²³.

A) El foro del artículo 7.2 R. 1215/2012 y las acciones derivadas de ilícitos antitrust

1. Características comunes

9. En primer lugar conviene recordar las características principales de este foro antes de definir las obligaciones extracontractuales y perfilar el resto de requisitos exigidos por el art. 7.2. R. 1215/2012. Así, la norma de competencia establecida para las obligaciones extracontractuales del R. 1215/2012 proviene del art. 5.3 del Convenio de Bruselas I cuyo texto era prácticamente idéntico, si bien el Reglamento incluye dentro de esta norma las reclamaciones de cesación o declarativas negativas al referirse a los hechos dañosos que pudieren producirse²⁴. Por tanto, cualquier sentencia relativa al Convenio de Bruselas I será aplicable al R. 1215/2012. Esta norma ni se interpreta por la *lex fori* ni por la *lex causae* sino de forma autónoma²⁵. En concreto el TJUE aprovecha la sentencia *CDC Hydrogen Peroxide* para recordar una vez más que la interpretación será autónoma y estricta²⁶. Tampoco importa si existe una obligación extracontractual, sino que esta sea posible puesto que la existencia de la misma se analizará en el fondo del asunto²⁷. El TJUE recuerda que la cesión de crédito del acreedor inicial a *CDC* no afecta a la determinación de la competencia judicial internacional conforme al artículo 7.2. del Reglamento 1215/2012²⁸. La interpretación debe ser completamente independiente de la cesión o agrupación vehiculada a través de *CDC*²⁹.

²² J. BASEDOW, “Jurisdiction and Choice of Law in Private Enforcement of EC Competition Law” en J. BASEDOW, (Coord.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, pp. 229-243, p. 240; M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011; J. BASEDOW, “Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren“, en C. BAUDENBACHER, (Coord.), *Neuste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht-Zwölftes Internationales Kartellrechtforum 2005*, Basilea, German Law Publishers, 2006; J. BASEDOW, “International Cartels and the Place of Acting under Article 5.3 of the Brussels I Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT *International antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 31 39; J. BASEDOW, “Der Handlungsort im internationalen Kartellrecht – Ein juristisches Chamäleon auf dem Weg vom Völkerrecht zum internationalen Zivilprozessrecht“, en FIW (Coord.), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft- 50 Jahre FIW 1960-2010*, Colonia, Heyman 2010, pp. 129-136; E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia judicial internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho antitrust, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p.650; H. I. MAIER, *Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang 2011, p. 129. De otra opinión D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011, p. 110; G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“, en *IPRAX* 2005, pp. 509-516, p. 515; P. MANKOWSKI, “Der europäische Gerichtsstand des Tatortes aus Art. 5 Nr.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“, en *WuW* 2012, pp. 797-807, p.798; R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional por Daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia”, en *RDCD*, nº 4 2009, pp. 137-165, p. 159; J. RODRIGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho de la Competencia” en *CDT*, Vol /, Nº 1, pp. 186-225.

²³ Véase por ejemplo los numerosos litigios planteados en el Reino Unido: UK. C.A. *Provimi vs. Aventis* 2003, EWHC 961; *Devenish Nutrition vs. Sanofi Aventis*, 2007, EWHC 2394 y 2008 EWCA Civ 1086, *Cooper Tire vs. Shell Chemicals*, 2009, EWHC 2609 y 2010 EWCA Civ 864, *Toshiba Carrier vs. KME* 2011, EWHC 2665 y 2012 EWCA Civ 1190; *Nokia Corporation vs AU Optronics Corporation & Ors*, 2012, EWHC 731 (Ch); *Bord Na Mona vs. BPI*, 2012 EWHC 3346, *Deutsche Bahn vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*, 2013, CAT 18; *Deutsche Bahn AG. & Ors. Vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*. 2013 EWCA Civ 1484.

²⁴ STJUE, 25 Octubre 2012, *Folien Fischer AG*, C-133/11.

²⁵ J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8ª ed., art. 5 R. 44/2001, Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft, apdo. 72.

²⁶ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 37 y STJUE, 28 enero 2015, *Kolassa*, C. 375/13, apdo. 43 y STJUE, 5 junio 2014, *Coty Germany*, C 360/12, apdos. 43-45.

²⁷ R. WAGNER, K. GESS, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagendelikten“, en *NJW* 2009, pp 3481-3485, p. 3482.

²⁸ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 35, STJUE, 18 julio 2013, *ÖFAB*, C 147/12, apdo. 58.

²⁹ C. ORÓ MARTINEZ, “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional” en *Diario La Ley*, 3.11.2015.

De esta forma el TJUE sigue la línea establecida en las sentencias *Kolassa* y *Coty Germany* recordando que la interpretación del artículo 7.2. R. 1215/2012 será realizada de modo autónomo y estricto³⁰.

10. El art. 7.2 R. 1215/2012 es un foro tanto de competencia judicial internacional como de competencia territorial, por lo que determina la competencia de unos tribunales de un lugar concreto dentro de un Estado miembro. En aquellos casos en los que no esté claro el órgano competente habrá que acudir al Derecho Procesal Interno para concretar la competencia territorial³¹. Asimismo, el demandado debe de estar domiciliado en Europa para que el R. 1215/2012 pueda aplicarse en este caso.

Generalmente este foro es el más económico para ambas partes, por otorgar competencia a los tribunales más próximos al litigio y su competencia puede ser razonablemente prevista por ambas partes³². No obstante, en el caso de las acciones por ilícitos antitrust puede que nos topemos con serias dificultades derivadas del principio de ubicuidad tal y como veremos más adelante. Por último recordar que el foro especial en materia de obligaciones extracontractuales es un foro de ataque al ser un foro alternativo al del domicilio del demandado³³.

2. Definición de obligaciones extracontractuales

11. Las demandas por daños y perjuicios provocadas infracciones del derecho antitrust que planteen compradores indirectos, consumidores finales o cualquier otro perjudicado que no sea parte de un contrato con la empresa infractora se consideran de carácter delictual a los efectos de determinar la competencia internacional del tribunal que conozca del asunto³⁴. Incluso en aquellas ocasiones, en las que existiese un contrato, la acción podrá ser extracontractual puesto que la infracción y el perjuicio que genera pueden no estar cubiertos por el contrato tal y como se plantea en el caso *CDC Hydrogen Peroxide*. Asimismo, en aquellos casos en los que dos o más empresas hubiesen participado en un cártel que ha provocado daños a los demandantes, todas las empresas participantes en el cártel podrían ser responsables de los daños y perjuicios supuestamente causados con independencia de posibles relaciones contractuales³⁵.

12. El TJUE define “extracontractual” por exclusión: Cuando no hay contrato, la reclamación se podrá considerar extracontractual³⁶. Las obligaciones derivadas del incumplimiento del Derecho antitrust al tener carácter obligatorio se consideran extracontractuales³⁷. Dentro de esta definición entrarían,

³⁰ STJUE, 28 enero 2015, *Kolassa*, C. 375/13, aptdo. 43 y STJUE, 5 junio 2014, *Coty Germany*, C 360/12, apdos. 43-45.

³¹ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1063.

³² STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, *Rec.* 1998 p. 6511. A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol II, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 1064.

³³ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 247.

³⁴ D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7035 y s.

³⁵ J. RODRIGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho de la Competencia” en *CDT*, Vol /, N° 1, pp.186-225.

³⁶ C. ORÓ MARTINEZ, “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional” en *Diario La Ley*, 3.11.2015.

³⁷ Véase art. 11 de la Directiva de Daños. Sobre la Directiva y su transposición al Derecho Nacional véase, A. CALVO CARAVACA, J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del derecho antitrust” en *CDT*, Vol. 7 N°2, pp. 114-157.

³⁸ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol I, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1064; J. RODRIGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho de la Competencia” en *CDT*, Vol /, N° 1, pp.186-225; R. WAGNER, K. GESS, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagendelikten”, en *NJW* 2009, pp. 3481-3485, p. 3482.

³⁹ BGH, 11 febrero 1988, I ZR 201/86, disponible en *RIW* 1988, pp. 397-398; STJCE, 8 marzo 1988, *Arcado*, C 9/87, *Rec.* 1988, p. 01539; STJCE, 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C 189/87, *Rec.* 1988, p. 5565apdo 19; STJCE, 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91, *Rec.* 1992 p. 825, STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. 6511, STJCE, 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/2000, *Rec.* 2002, p. 07357; STJCE, 5 febrero 2004, *Frahul*, C 265/02, *Rec.* 2004, p. 01543.

por tanto, las acciones por daños y perjuicios causados por un ilícito antitrust por los miembros de un cártel a sus clientes o el abuso de posición dominante por una empresa y el daño que genere al resto de participantes en el mercado afectado por el abuso. Desde la sentencia *Mines de Potasse de Alsace*, en la que el Tribunal Europeo establecía que el hecho dañoso incluye tanto el lugar del hecho generador del daño como el lugar en el que el daño ocurre, el debate no ha cesado y los tribunales nacionales y europeos se han ido enfrentando a diversos supuestos tales como: daños a distancia, daños plurilocalizados, “deslocalizados” y los daños a la imagen o derechos de propiedad intelectual que puedan provocarse en el ámbito de internet o incluso los que pueda generar un cártel³⁸. En las sentencias *Shevill*, *Kronhofer*, *E-Date*, *Wintersteiger*, *Pinckney*, y también en las sentencias *Hejduk* y *CDC Hydrogen Peroxide* podemos encontrar los criterios que nos servirán para determinar el foro en nuestro caso³⁹. Aunque a primera vista parezca fácil determinar este lugar y por tanto fijar la competencia en base a este foro especial, nos encontramos ante una definición controvertida y en continua evolución por parte del TJUE. Así, desde la sentencia *Mines de Potasse*, la jurisprudencia y la doctrina discuten con cierta regularidad y frecuencia sobre la mejor forma de fijar el lugar del hecho dañoso, adaptando esta definición a múltiples supuestos con entre otros daños plurilocalizados, ilícitos a distancia, hechos y daños repartidos⁴⁰. Finalmente, por un lado las nuevas tecnologías y en particular Internet y por el otro negocios más clásicos como los cárteles transnacionales han reavivado el debate en torno a las definiciones del lugar del “hecho dañoso”⁴¹.

3. Determinación del lugar del hecho dañoso o lugar del daño

13. De la primera frase del art. 7.2 R. 1215/2012 se desprende que sólo se aplicará en aquellos casos en los que el hecho dañoso hubiese ocurrido en un lugar distinto de la residencia del demandado⁴². Esto sigue la lógica del propio Reglamento, puesto que el principio general de la competencia de los tribunales en el lugar de residencia del demandado ya está previsto en el art. 4 R. 1215/2012. De esta forma no es necesario que el demandante recurra al art. 7.2 R. 1215/2012. Es más, este foro es especial por lo que su aplicación debería ser excepcional frente a la norma general del domicilio del demandado. La jurisprudencia del TJUE ha sido especialmente prolífica aclarando la aplicación de esta norma a diversos supuestos con daños plurilocalizados, a distancia así como diversos tipos de conductas. Las bases para fijar el lugar del hecho dañoso, las sienta la sentencia *Mines de Potasse* en la que el TJUE evitó seguir los pasos de la sentencia *Tessili* al establecer que el lugar de los hechos debe interpretarse de forma autónoma y no según la *lex fori*⁴³. A continuación resumimos las principales teorías y el debate para luego analizar su aplicación a las acciones derivadas de ilícitos antitrust.

A) La ubicuidad: Mines de Potasse; Torline, Kronhofer, Zuid Chemie

14. Comencemos con el supuesto *Mines de Potasse*: El hecho generador tuvo lugar en un país y el daño en otro país. En estos casos, el TJUE considera que el lugar del hecho dañoso, incluye tanto

³⁸ STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735.

³⁹ STJCE, 7 marzo 1995, *Shevill*, C 68/93, *Rec.* 1995, p. 00415. STJCE, 10 junio de 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004p. 6009, STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009 p. 06917. STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269. STJUE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10. STJUE, 3 Octubre 2013, *Pinckney*, C 170/12. STJUE, 22 enero 2015, *Hejduc*, C441/13. STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13.

⁴⁰ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1064.

⁴¹ STJCE, 10 junio de 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004p. 6009, STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009 p. 06917. STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13.

⁴² P. MANKOWSKI, “Der europäische Gerichtsstand des Tatortes aus Art. 5 Nr.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“, en *WuW* 2012, pp. 797-807, p.798. R. WAGNER, K. GESS, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagendelikten“, en *NJW* 2009, pp. 3481-3485, p. 3482.

⁴³ STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735, apdos. 11 y 17.

el lugar en el que ocurre el hecho que provoca el daño como el lugar en el que el daño ocurre⁴⁴. Esta amplia interpretación se debe a dos motivos. En primer lugar, la opción del lugar del hecho dañoso fue incluida como alternativa ya que en muchos casos el lugar en el que sucede el hecho que provoca los daños coincide con el domicilio del demandado. En segundo lugar, la jurisdicción especial se justifica con la conexión entre el asunto y el tribunal que así puede conocer del asunto por ser más cercano a los hechos relevantes. Tanto el lugar en el que ocurren los hechos que provocan el daño como el lugar en el que el daño ocurre pueden estar estrechamente conectados con el litigio. El TJUE establece que en los casos de ilícitos a distancia como es el caso de *Mines de Potasse*, el “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso” es tanto el lugar del Estado miembro donde ha ocurrido el “hecho causal” como el lugar del Estado miembro en cuyo territorio se verifica el resultado lesivo o el daño⁴⁵. Esto se debe a que en ambos Estados miembros el del hecho causal y el del resultado lesivo presentan la misma proximidad con el litigio.

De la afirmación anterior se desprende que el demandante puede escoger entre los tribunales del Estado miembro donde se produjo el hecho generador del daño o como luego detallaremos, los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se verificó el daño o lesión. Para poder demandar en el lugar donde se han verificado el hecho causal, este hecho tendrá que haber causado el daño reclamado de forma directa⁴⁶.

El principio de ubicuidad no persigue favorecer a la víctima aunque acaba mejorando la posición del actor, porque en numerosas ocasiones el resultado lesivo se genera en el país en el que se encuentre su centro de intereses o su domicilio⁴⁷.

B) Daños plurilocalizados y tesis del mosaico, Shevill y Kronhofer

15. Los daños plurilocalizados se generan cuando un mismo ilícito por ejemplo un cártel de incremento de precios afecta a varios países y produce daños que se verifican en distintos países. En este tipo de supuestos y en relación a otro tipo de acciones, el TJUE aplica desde la sentencia *Shevill*, la tesis del mosaico o *Mosaikbetrachtung*. Según esta tesis, el tribunal del Estado en cuyo territorio se hayan producido los daños dispone de competencia judicial internacional sólo en relación con la responsabilidad derivada de los daños verificados en dicho Estado miembro⁴⁸. Los daños verificados en otros Estados tendrán que ser tratados ante los tribunales del Estado que corresponda.

16. Según la doctrina *Shevill* la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” utilizada en el art. 7.2 R. 1215/2012 debe interpretarse, en caso de difamación a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados contratantes, en el sentido que la víctima puede entablar contra el editor una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación, o bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en el que la publicación haya sido difundida y en el que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación, competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido⁴⁹. En este caso, el lugar del hecho causal sólo puede ser el de

⁴⁴ STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735, apdos. 11 y 17.

⁴⁵ STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735; STJCE, 5 febrero 2004, *Torline*, C 18/02, *Rec.* 2004, p. 1417; STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009; STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. 06917.

⁴⁶ STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. 06917, apdo. 26.

⁴⁷ Véase por ejemplo STJCE, 7 marzo 1995, *Shevill*, C 68/93, *Rec.* 1995, p. 00415.

⁴⁸ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol II, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1067. STJCE, 5 de febrero 2004, *Torline*, C 18/02, *Rec.* 2004, p. 1417; STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009; STJCE, 19 septiembre 1995, *Marinari*, C 364/93, *Rec.* 1995, p. 415.

⁴⁹ Quisiera resaltar que el borrador preliminar de la Convención sobre jurisdicción y sentencias extranjeras en asuntos civil y mercantiles adoptado el 30 de Octubre de 1999 por la Comisión Especial en el contexto de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado excluye determinar la jurisdicción en el lugar donde ocurrieron los daños provocados

establecimiento del editor, por ser el lugar de origen del hecho dañoso, a partir del cual la difamación se ha publicado y difundido, y sus tribunales serán competente para la reparación de la totalidad los daños y perjuicios sufridos.

Así, este foro coincidiría normalmente con el lugar de domicilio del demandado aunque al demandante se le ofrece como alternativa reclamar ante los tribunales de aquellos lugares donde se hubiese materializado el daño con ciertas limitaciones como hemos visto. Estos tribunales estarían más cualificados desde la perspectiva geográfica para apreciar el alcance del perjuicio correspondiente en base a las reglas de buena administración de justicia aunque sólo en relación al daño sufrido en su territorio, lo que provoca el fraccionamiento de la acción.

17. En la sentencia *Kronhofer*, el TJUE nos recuerda que la aplicación de la doctrina *Shevill* debe ser restrictiva. En este asunto, el perjudicado que vivía en Austria sufrió un grave perjuicio ocasionado por una sociedad que administraba patrimonio sita en Alemania en negocios especulativos realizados en Londres. El Tribunal Supremo Austríaco OHG consideraba que los daños sufridos en Alemania formaban parte del patrimonio total del perjudicado que debido a su domicilio debía localizarse en Austria. El TJUE rechazó este argumento al considerar que el dinero había sido transferido a Alemania por lo que el lugar en el que se había generado el daño era Alemania y ni Austria ni Londres beneficiando así a las entidades financieras⁵⁰. Según el Tribunal de Justicia, la definición restrictiva se debe al carácter excepcional del art. 7.2 R. 1215/2012. Esta expresión no alcanza al lugar del domicilio del demandante en el que se encuentre el «centro de su patrimonio», *sólo por el hecho de que el demandante haya sufrido en ese lugar un perjuicio económico como consecuencia de la pérdida de una parte de ese patrimonio acaecida y sufrida en otro Estado contratante*⁵¹.

18. En aquellos casos en los que se haya perjudicado directamente los intereses económicos de la víctima habrá que acudir al lugar en el que se encuentra el interés económico concreto perjudicado. En el asunto *Torline* un armador danés quiso reclamar en el foro de su domicilio el daño causado por un sindicato sueco por paralizar uno de sus barcos que realizaba la ruta Göteborg (Suecia)- Harwich (Gran Bretaña). El TJCE concluye en esta ocasión que el domicilio del armador no bastaba para justificar que el daño se había sufrido en Dinamarca puesto que se necesitaban conexiones adicionales tales como por ejemplo el registro del barco en Dinamarca⁵².

Por tanto, el foro del lugar en el que se ha materializado el daño, sólo se justifica por la cercanía de pruebas y la necesidad de tramitar el litigio de la forma más razonable posible por lo que no puede socavar el principio de *forum rei* en el domicilio del demandado⁵³. De esta premisa se desprende que el lugar en el que ocurre el daño directo al bien protegido es relevante mientras que el lugar de los daños secundarios carece de importancia a la hora de fijar la competencia judicial internacional⁵⁴.

C) Daños plurilocalizados e Internet: E-Date, Wintersteiger, Pinckney

19. El TJUE ha aprovechado los asuntos acumulados *eDate* para revisar la definición del lugar del hecho dañoso en el caso de la difamación en el contexto de Internet profundizando y matizando la

por la infracción del Derecho antitrust. La opción de determinar la jurisdicción en base al lugar en el que el comportamiento anticompetitivo fue implementado permanece abierta. Las negociaciones sobre el borrador de Octubre de 1999 nunca fueron concluidas.

⁵⁰ STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, Rec. 2004, p. 6009, apdo. 20. G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“ en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

⁵¹ STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, Rec. 2004, p. 6009, apdo. 20.

⁵² STJCE, 5 de febrero 2004, *Torline*, C 18/02, Rec. 2004 p. 1417.

⁵³ STJCE, 5 de febrero 2004, *Torline*, C 18/02, Rec. 2004 p. 1417, apdo. 14; STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, Rec. 2004, p. 6009, apdo. 20. G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“, en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

⁵⁴ G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“, en *IPRAX* 2005, pp. 509-516, p. 515.

doctrina *Shevill*⁵⁵. Los dos casos acumulados se refieren a la vulneración de los derechos de la personalidad a través de la publicación de información supuestamente ofensiva publicada en medios digitales y de difusión en más de un Estado miembro. Las cuestiones planteadas por el *Bundesgerichtshof* alemán en un caso y por el *Tribunal de la Grande Instance* de París en el otro se refieren tanto a la acción de cesación como a la compensación por los daños generados por la vulneración. La primera de las cuestiones versa sobre la interpretación del “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso” recogida en el art. 7.2 R. 1215/2012 “cuando se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante los contenidos publicados en un sitio de internet”⁵⁶. El TJUE insiste una vez más en la autonomía interpretativa del Reglamento remitiéndose a su sistema y objetivos⁵⁷.

Así, la excepción del art. 7.2 R. 1215/2012 a la regla del domicilio del demandado se justifica en la conexión particularmente estrecha entre la controversia y el tribunal del lugar en el que se hubiere producido el hecho dañoso, que permite una buena administración de justicia y una sustentación adecuada del proceso⁵⁸. En este sentido, “el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” se refiere tanto al del hecho causal como al lugar donde se ha producido el daño puesto que ambos lugares *pueden constituir una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial, dado que cada uno de ellos puede según estas circunstancias proporcionar una indicación particularmente útil desde el punto de vista de la prueba y de la sustentación del proceso*⁵⁹.

Continúa el TJUE resaltando la diferencia entre una publicación impresa convencional de carácter territorial en la que el editor se dirige a aquellos territorios en los que quiere publicar y una publicación en internet que se caracteriza precisamente por la ubicuidad de los contenidos que pueden ser consultados por un número desconocido de internautas en cualquier lugar del mundo y con independencia del emisor y fuera de su control⁶⁰. Así el carácter universal de internet bloquea el criterio relativo a la difusión de la doctrina *Shevill*. Por otra parte, el TJCE también reconoce que es difícil cuantificar la difusión en relación a un Estado concreto y evaluar el daño sufrido en ese Estado miembro⁶¹.

20. El TJUE compara la dificultad de aplicación del criterio del lugar donde se ha producido el daño con la gravedad de la lesión del perjudicado cuya personalidad se puede ver dañada en cualquier lugar del mundo. Por ello concluye el tribunal que hay que adaptar la doctrina *Shevill*

*en el sentido de que la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet puede acudir, en función del lugar en el que se haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño. Habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, la atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de justicia*⁶².

⁵⁵ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269.

⁵⁶ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 37.

⁵⁷ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 38 y STJCE, 16 Julio 2009, *Zuid Chemie*, C 189/08, *Rec.* 2009, p. 6917, apdo. 17. I. LORENTE MARTINEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 de octubre 2011 y el coste de litigación internacional en Internet”, en *CDT*, 2012, Vol. 4, Nº 1 pp-277-301. Sobre la sentencia *Zuid Chemie* véase N. GONZÁLEZ URRIZA, “La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el Art. 5.3. del R. 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009” en *CDT*, 2011 Vol. 3, Nº 1, pp. 290-295.

⁵⁸ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 40. STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie*, C 189/08, *Rec.* 2009, p. 6917, apdo. 24.

⁵⁹ STJCE, 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. 2719, apdos. 20 y 21; STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, apdo. 41.

⁶⁰ STJCE, 7 marzo 1995, C-68/93 *Shevill*, *Rec.* 1995, p. 2719 apdos. 20 y 21; STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 42.

⁶¹ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo 46. Véase al respecto: I. LORENTE MARTINEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 de octubre 2011 y el coste de litigación internacional en Internet” en *CDT* 2012, Vol. 4, Nº 1 pp-277-301 y E. TORRALBA MENDIOLA, “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? Perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, en *InDret*, enero 2012, pp-1-37. Consultado por última vez el 13.04. 2012 en http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf

⁶² STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 48.

21. El centro de intereses del perjudicado puede ser tanto su lugar de residencia como otros lugares cuando existan vínculos particularmente estrechos como es el lugar de ejercicio de una actividad profesional⁶³. Por otra parte, el TJCE considera que este nuevo criterio es conforme con el objetivo de previsibilidad de las normas de competencia respecto al demandado dado que éste conoce los centros de intereses de los perjudicados a la hora de publicar el contenido lesivo. Así, este criterio mantiene el balance al permitir que el demandante pueda fijar con facilidad el tribunal al que dirigirse mientras que el demandado puede prever razonablemente el tribunal ante el que podrá ser demandando⁶⁴.

22. La sentencia *Wintersteiger* aunque también se refiera a Internet y daños plurilocalizados trata la vulneración de derechos de la propiedad industrial y no de la personalidad. Los derechos otorgados por una marca se refieren a un territorio concreto y no a todos por lo que el titular sólo puede invocar sus derechos en el lugar en el que se encuentre debidamente registrada la marca. El daño se produce en el Estado en el que se protege el derecho en cuestión⁶⁵. Los tribunales del Estado en el que se encuentra el registro de la marca se encuentran en la mejor posición para evaluar la posible lesión.

Ahora bien, la limitación territorial de la marca no limita la competencia judicial internacional en otros Estados cuando se derive del lugar del hecho causal. El hecho generador de la eventual vulneración del derecho de marca reside, pues, en la conducta del anunciante que recurre al servicio de referencias para su propia comunicación comercial. En este punto el TJUE vuelve al lugar de establecimiento del anunciante o leser por ser este el lugar en el que se desencadena el proceso de exhibición del anuncio y posible vulneración de derechos⁶⁶.

El TJUE concluye que

el art. 5, número 3, del R. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que un litigio relativo a la vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso, por un anunciante, de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro puede someterse, bien a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentra registrada la marca, bien a los del Estado miembro del lugar de establecimiento del anunciante⁶⁷.

23. Por último en la sentencia *Pinckney* el Tribunal de Justicia ha extrapolado la jurisprudencia *E-Date* y *Wintersteiger* a los derechos patrimoniales de autor⁶⁸. Los derechos patrimoniales están sujetos al principio de territorialidad por lo que pueden ser vulnerados en cada uno de los Estados en los que están protegidos.

4. El lugar del hecho dañoso en los ilícitos antitrust

24. En los apartados anteriores se ha resumido la definición del lugar del hecho dañoso en relación a la contaminación medioambiental, publicaciones internacionales, Internet, mercados financieros internacionales etc. Como se ha indicado al comienzo del presente estudio, el TJUE se ha pronunciado en Mayo de 2015 sobre acciones derivadas de ilícitos antitrust. Con anterioridad, en Diciembre de 2014 el Abogado General JÄÄSKINEN emitió su opinión respecto a las cuestiones planteadas por el Tribunal Regional de Dortmund. A continuación analizaremos las conclusiones del Tribunal del Abogado Gene-

⁶³ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 49.

⁶⁴ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 50. STJCE, 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung*, C 533/07, *Rec.* 2009, p 3327, apdo. 22 y STJCE, 12 mayo 2011, *BVG*, C-144/10, *Rec.* 2011, p. 03961, apdo. 33.

⁶⁵ STJUE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10, apdo. 27.

⁶⁶ STJCE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10, apdo. 37.

⁶⁷ STJUE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10, apdo. 40.

⁶⁸ STJUE, 3 Octubre 2013, *Pinckney*, C 170/12.

ral y de la doctrina⁶⁹. Como veremos la localización del hecho dañoso en este supuesto también plantea una dificultad interpretativa de cierta complejidad. Además, la falta de claridad y de seguridad en la definición del hecho dañoso en ilícitos antitrust podría haber invitado a muchos demandantes a dirigirse al domicilio del demandado sin poder hacer uso de las opciones establecidas en este foro especial.

25. A primera vista, el lugar del hecho dañoso en ilícitos anticompetitivos se puede fijar a primera vista en dos lugares: Lugar donde se ha adoptado el acuerdo y lugar donde se ha implementado el acuerdo. Como lugar del hecho dañoso o *Tort* también se ha definido el lugar donde ocurre la colisión de intereses de los participantes en el mercado, que suele coincidir con el lugar del mercado afectado⁷⁰. En efecto, el objetivo de la libre Competencia es satisfacer la demanda por lo que el lugar donde se encuentran sitios los compradores o consumidores del producto en cuestión será determinante.

Ahora bien, la disociación geográfica de los elementos del ilícito, que suele darse con frecuencia en los ilícitos antitrust puede generar serias dificultades a la hora de determinar el lugar del hecho dañoso. Este tipo de ilícitos se conocen como *multistate torts* o delitos plurinacionales. Además, precisamente un cártel internacional se caracteriza por lo siguiente: Empresas que operan en varios estados ya sea directamente o a través de filiales, acuerdan con competidores de su jurisdicción o de otros estados fijar las subidas de precios, repartirse mercados o países o cualquiera de los supuestos recogidos por la normativa para la defensa de la competencia, nacional y europea. Cuando la conducta afecte al mercado de varios estados miembros y como consecuencia de la doctrina de los efectos, la Comisión Europea serán competentes para determinar posibles sanciones etc. tal y como establece el R. 1/2003⁷¹. No obstante, como hemos visto, las reclamaciones de empresas y particulares contra las conductas ilícitas por los daños y perjuicios sufridos derivadas de las sanciones de la Comisión Europea deberán ser presentadas ante los tribunales nacionales.

26. ¿Cuáles son los elementos delictuales del ilícito antitrust a tener en cuenta para determinar la competencia de los tribunales?: ¿El acuerdo en cada domicilio social, las reuniones mantenidas por los miembros del cártel en sus domicilios, restaurantes, congresos o cualquier otro lugar en el que se hayan reunido los miembros del cártel, su implementación desde el domicilio de la matriz o el de las diferentes filiales en los mercados afectados o el lugar de la venta al comprador directo o al final? Todos ellos han podido tener lugar en sitios geográficamente distintos y en diferentes Estados miembros. Lo único que parece claro a primera vista es que nos encontramos ante un caso de *multistate tort* que afecta a las jurisdicciones de varios Estados. Este ejemplo no es puntual ni de laboratorio sino más bien el día a día de los ilícitos antitrust sancionados por la Comisión Europea que luego pueden servir de base para las acciones por daños y perjuicios como hemos podido ver en los ejemplos citados en la Introducción y como se plantea en el caso que nos ocupa.

Lo anterior nos muestra que estas acciones presentan los problemas más relevantes suscitados en torno al art. 7.2. R. 1215/2012, ya que estos ilícitos provocan:

1. Daños directos plurilocalizados cuando las conductas ilícitas afectan a los mercados de más de un Estado,
2. afectan a víctimas indirectas,
3. provocan daños indirectos cuando los daños directos, por ejemplo un sobreprecio es repercutido parcialmente a los consumidores finales o provocan la subida de precios de empresas ajenas al cártel y por último
4. también pueden adoptarse “a distancia” generando daños en territorios distintos a los del lugar del acuerdo.

⁶⁹ Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Hydrogen Peroxide SA*, C352/13, apdo. 104.

⁷⁰ Esto se desprende del reconocimiento de la competencia de los Estados para determinar su constitución económica y el ordenamiento aplicable a los mercados que se encuentran dentro de su territorio. W. VELKEEN, “Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht“, en J. BASEDOW (Coord.) *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max Planck Institut für Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2001, pp. 293-316, p. 307.

⁷¹ A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust Europeo, Tomo I Parte General*, La Competencia, Madrid, Colex 2009, p. 341.

Como hemos mencionado, existen diversas soluciones doctrinales y jurisprudenciales que desarrolladas a partir de *Mines de Potasse d'Alsace* solucionan tan sólo parte de los problemas planteados que la localización del hecho generador del daño y del lugar donde se produjo el perjuicio sigue siendo motivo de controversia. A continuación resumimos las principales opciones antes de analizar la sentencia CDC y sus conclusiones.

A) Lugar o lugares de adopción del acuerdo ilícito o decisión ilícita

27. Parte de la doctrina sostiene que el lugar del hecho dañoso puede ser aquel en el que el acuerdo prohibido o decisión ilícita han sido adoptados⁷². La decisión o acuerdo del cártel, por ejemplo la concertación de precios es una actividad ya que los miembros del cártel se coordinan entre ellos y definen su comportamiento en los distintos mercados. Por tanto, el lugar en el que se adopta el acuerdo puede ser considerado como lugar del hecho dañoso⁷³. Aunque puede que el lugar sea casual o que haya sido fijado conscientemente por los infractores, los hechos han sucedido en el lugar determinado por ellos.

Así, el Tribunal Regional de Dortmund en sus cuestiones prejudiciales ya apunta a este problema cuando resalta que en cárteles de larga duración con numerosas reuniones en distintos lugares, los posibles foros en cada lugar de adopción de acuerdos o reuniones podrían ser poco apropiados para conocer el caso por completo y el total del daño reclamado⁷⁴. Aunque se diese la causalidad necesaria para una única infracción continuada prohibida por el art. 101.1 TFUE, el Tribunal pregunta si existe la conexión mínima necesaria con cada uno de los foros posibles. Sin perjuicio de la cuestión planteada prejudicial por el Tribunal de Dortmund en cada uno de estos lugares se ha desarrollado una parte esencial del hecho generador del daño y estos lugares han sido fijados por los propios infractores por lo que no pueden considerarse completamente imprevisibles.

A este respecto y en otro contexto el TJCE ha definido una infracción del art. 101 TFUE como una conducta compuesta de dos elementos: La adopción del acuerdo o toma de decisión o práctica concertada y la implementación de éstos⁷⁵. Si el lugar del hecho dañoso se refiriese a ambos lugares es decir el de la adopción del acuerdo y el de su implementación, entonces el demandante podría demandar en ambos lugares al demandado. Los dos emplazamientos podrían considerarse como lugar del hecho dañoso a los efectos de fijar la jurisdicción de los tribunales. Así, la jurisdicción en el lugar en el que se ha adoptado el acuerdo coincidiría con los principios fijados por el TJCE en la sentencia *Shevill*⁷⁶.

28. En contra de esta definición se ha argumentado que puede resultar extremadamente complejo fijar el lugar en el que se ha adoptado el acuerdo y más aún probar los hechos en cuestión. Esto se debe a que el lugar de adopción de un acuerdo puede ser fortuito y no estar relacionado con la práctica en sí o con su implementación. Como hemos visto, en muchas ocasiones los miembros de un cártel se reúnen y adoptan acuerdos ilícitos en terceros países precisamente para evitar a las autoridades de defensa de la competencia de sus países de origen o de los mercados que vayan a resultar afectados por la conducta. Puede que los miembros de un cártel que afecta al mercado alemán decidan reunirse en el aeropuerto de

⁷² J. FAWCETT, P. TORREMANS, "Intellectual Property in Private International Law" Oxford, OUP 1998, p. 424; P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193.

⁷³ D. ASHTON, C. VOLLRATH, "Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law", en *ZweR* 2006, pp. 1-26, p.18; J. BASEDOW, "Jurisdiction and applicable Law" en J. BASEDOW, *Private enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, pp. 229- 250; J. BASEDOW, "Der Handlungsort im internationalen Kartellrecht – Ein juristisches Chamäleon auf dem Weg vom Völkerrecht zum internationalen Zivilprozessrecht", en *FIW* (Coord.), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft- 50 Jahre FIW 1960-2010*, Colonia, Heyman 2010, pp. 129-136; P. MANKOWSKI, "Art. 5 Brussels I Regulation", apdo. 228a, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, Munich, Sellier, 2007; M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 94. H. I. MAIER, *Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2011, p. 129.

⁷⁴ LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O (Kart) 23/09, apdo. 31 y ss.

⁷⁵ STJCE, 27 Septiembre 1988, *Åhlström, Osakeyhtiö*, C89, 104, 114, 116-7,125-129/85, *Rec.* 1988, p. 5193, apdos. 16-18.

⁷⁶ STJCE, 7 marzo de 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. 2719 apdos. 24 y 33.

Zúrich, Suiza para evitar a las autoridades alemanas o austríacas⁷⁷. Es conocido que el secretismo que rodea a un cártel o a una conducta ilícita dificultan la determinación del lugar del hecho dañoso puesto que los autores de la conducta tratan de evitar dejar pruebas que sirvan a las autoridades para acreditar la existencia de los hechos punibles. Tampoco se puede ignorar que el carácter complejo de este tipo de acuerdos y conductas también aumenta las dificultades fijar el lugar de adopción del acuerdo de forma clara y evidente. Los cárteles de larga duración consisten en distintas reuniones que tienen lugar en diferentes territorios. En cada reunión puede haberse adoptado por ejemplo, una subida de precios para un período de tiempo concreto o no y esto puede haber perjudicado al demandante en años sucesivos.

29. Del debate descrito se desprende que por lo menos en los casos relativos a cárteles de larga duración y con varios lugares en los que se haya adoptado el acuerdo, la definición actual con más de un lugar del hecho dañoso llevará la multiplicación de los posibles foros. Existe además el riesgo de que estos foros no presenten la conexión suficiente para que resulte apropiado conocer el caso.

El Abogado General JÄÄSKINEN en el asunto CDC adelanta en sus conclusiones que evitar la multiplicación de criterios de competencia judicial internacional respecto a una misma relación jurídica y garantizar la seguridad jurídica tanto de los demandantes como de los demandados, mediante la posibilidad de prever con certeza el foro competente, forman parte de los objetivos del R. 1215/2012⁷⁸.

Continúa afirmando que los puntos de conexión deben de permitir determinar el tribunal que esté *objetivamente mejor situado para apreciar si se dan los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona demandada*. Debido a la duración y complejidad del cártel, los posibles foros se multiplican y no se pueden fijar o localizar el hecho causante de los daños de forma previsible. Por ello, JÄÄSKINEN considera que, por analogía a la doctrina *Besix*, el art. 7.2 R. 1215/2012 no puede aplicarse a un cártel de larga duración que ha restringido la competencia en el conjunto del territorio de la Unión Europea y que ha provocado víctimas dispersas en un gran número de Estados Miembros⁷⁹. De esta forma concluye que *los criterios jurisprudenciales de definición del “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” son inoperantes debido a la dispersión geográfica de las causas y efectos de los daños alegados*⁸⁰.

30. El TJUE en la sentencia *CDC* analiza las conclusiones de JÄÄSKINEN y comienza aclarando que aunque los compradores se abastecieron a través de contratos el hecho generador tiene origen extracontractual ya que no se trata de un incumplimiento de obligaciones contractuales sino en la “imposibilidad para el comprador de abastecerse” a un precio fijado conforme a las leyes del mercado. El TJUE continúa identificando el hecho generador de forma abstracta en la constitución del cártel. Tras la constitución del cártel las empresas participantes consiguen con acciones y/u omisiones bloquear la libre competencia falseando precios⁸¹. Si este lugar se conoce, por ejemplo, el lugar de una reunión en la sede de una de las empresas fácilmente estaremos ante una conexión particularmente estrecha entre el litigio y los tribunales del lugar del acuerdo, probablemente incluso exista una decisión sancionadora previa que se refiera al mercado de este lugar. De esta forma se justifica una atribución por razones de buena administración de la justicia y sustantación adecuada del proceso⁸².

Ahora bien el propio Tribunal es consciente de las limitaciones de esta opción al reconocer que en los casos como el del litigio en los que nos encontremos ante un cártel de larga duración con distintos escenarios y lugares de adopción de acuerdos no será posible identificar un único lugar de adopción del acuerdo. Esto por supuesto no se aplica en aquellos casos en los que se pueda identificar el hecho generador

⁷⁷ BkrtA, 28 enero 2011, B12/11/09 *Feuerwehrfahrzeuge*.

⁷⁸ Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104.

⁷⁹ Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104.

⁸⁰ Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104. STJCE, 19 febrero 2002, *Besix*, C 256/00, *Rec.* 2002, p. 01699.

⁸¹ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 44.

⁸² STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 39; STJUE, 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global*, C 228/11, apdo. 26 y STJUE, 3 abril 2014, *Hi Hotel HCF*, C-387/12, apdo. 28.

concreto supuestamente causado a un comprador concreto. Así, si un acuerdo del cártel se refería a un único cliente o comprador éste podrá reclamar en el lugar de adopción de dicho acuerdo anticoncurrencial.

Por tanto, el TJUE en contra de lo argumentado por JÄÄSKINEN y aunque nos encontremos ante cárteles de larga duración y multitud de reuniones y lugares de adopción y adaptación de los acuerdos, recuerda también que estamos ante una única infracción. Así, el alto Tribunal concluye que basta con la identificación del “*hecho concreto con ocasión del cual fue definitivamente constituido el referido cártel, o bien fue concluido un arreglo que por sí solo sea el hecho causal del perjuicio supuestamente sufrido por un comprador*”.

B) Lugar de materialización del perjuicio

31. Parte de la doctrina propone siguiendo la línea *Kronhofer* que la consecuencia de un acuerdo ilícito es la subida del precio y por tanto el lugar en el que se genera el daño es aquel en el que el perjudicado tiene su cuenta bancaria o paga el dinero. Esta opinión se considera ya obsoleta y la mayoría de la doctrina había optado por centrarse en los efectos y por tanto por el lugar del mercado afectado⁸³. No obstante, probablemente después de *E-Date* y *CDC* esta corriente saldrá más reforzada. Así, la persona que se encuentra en un lugar concreto debe ser protegida por el derecho de su domicilio, puesto que este derecho es el más próximo y más relacionado a la persona y su entorno. De esta forma, los Estados Miembros también consiguen garantizar la seguridad jurídica que les exigen sus constituciones. Asimismo, el TJCE en el asunto *Dumez* ha sostenido que el lugar en el que ha ocurrido el daño puede entenderse como “*el lugar en el que el hecho o evento causal que provoca la responsabilidad delictual o cuasidelictual produce directamente los efectos perjudiciales a la persona que es la víctima inmediata*”⁸⁴.

32. Otra parte de la doctrina considera que el daño provocado por una infracción de la normativa europea antitrust ocurre en el lugar de la pérdida económica directa del demandante, por ejemplo el lugar en el que pierde la oportunidad de negocio⁸⁵. Otros autores consideran que el lugar relevante es aquel en el que el demandante sufre la bajada de ventas⁸⁶.

En los casos en los que el demandante alegue haber sufrido pérdidas por haber adquirido productos por un precio excesivo el daño relevante y directo se produce en el lugar en el que los bienes o servicios son adquiridos. Este podrá fácilmente coincidir con el domicilio del demandante⁸⁷.

También se ha afirmado que limitar la jurisdicción a los tribunales del mercado afectado puede ser contrario al principio de equivalencia del Derecho de la Competencia Europeo⁸⁸. Si la rentabilidad de una filial se ve afectada por un cártel ilegal, entonces la matriz que creó esa filial para entrar en el mercado afectado también ha sufrido el perjuicio. En estos casos, el daño económico directo habría ocurrido en el mercado afectado, esto es el mercado en el que opera la filial que implementa una conducta ilícita subiendo sus precios o fijando condiciones. Asimismo, no parece que el principio de efectividad justifique una interpretación más amplia del concepto de daño directo en casos relacionados con el Derecho antitrust Europeo. Es más, una interpretación estricta y según los criterios establecidos por el TJUE a la hora de fijar la jurisdicción según el art. 7.2 1215/2012 no impide ni dificulta de forma excesiva el ejercicio del Derecho de la Competencia Europeo tal y como establece el principio de equivalencia⁸⁹.

⁸³ G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“ en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 516.

⁸⁴ STJCE, 11 enero 1990, *Dumez*, C-220/88, *Rec.* 1990, p. 49 apdo. 79-80.

⁸⁵ J. FAWCETT, P. TORREMANS, “Intellectual Property in Private International Law” en *OUP*, Oxford, 1998, p. 424.

⁸⁶ J. HILL, *International Commercial Disputes in English Courts*, 3ª ed. Oxford, Hart Publishing 2005, p. 154. J. FAWCETT, J.M. CARRUTHERS, *Private International Law*, 14ª ed. OUP, Oxford, Hart Publishing 2008, p. 256.

⁸⁷ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 95. U.K. H.C., *Provimi* (2003) EWHC 961, Comm, 2003 2, All ER (Comm) 683, 30.

⁸⁸ J. FITCHEN, “Allocating jurisdiction in private competition law claims within the EU”, en *MJECL* 2006, p. 398.

⁸⁹ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 96. STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619. STJCE, 10 julio 1997, *Palmisani*, C 261/95, *Rec.* 1997, p. 4025.

En este sentido no podemos olvidar el carácter excepcional del art. 7.2 R. 1215/2012 frente al principio rector del Reglamento, esto es el foro del demandado. Por ello, las excepciones deben de ser interpretadas de forma estricta. Finalmente el principio de equivalencia debe aplicarse a los conflictos entre las normas nacionales y el Derecho Comunitario Europeo y no para corregir la interpretación del TJUE de un Reglamento Comunitario⁹⁰.

33. La experiencia de derecho comparado y de los tribunales nacionales merece una breve reseña antes de presentar la solución del Tribunal de Justicia. Por un lado el *Tribunale di Monza* en el asunto *Candy v Schell and Stoecker Reinshangen* ha tratado esta cuestión en una reclamación delictual basada en la supuesta conducta anticompetitiva del demandado⁹¹. El demandante, una empresa italiana acusaba a una empresa alemana de prácticas anticompetitivas en Alemania con el objeto de expulsar a la demandante del mercado alemán. Así, alegó que el “lugar en el que el daño ocurre” coincide con el sitio en el que surgen las circunstancias perjudiciales y se traducía en la pérdida de negocio del demandante como consecuencia de la conducta anticompetitiva del demandado. Puesto que el daño tuvo lugar en Alemania el tribunal italiano se declaró no competente rechazando así el criterio del daño indirecto propuesto por el demandante⁹².

34. Por otro lado, la sentencia *Saba Molklycke v Procter & Gamble* dictada por los tribunales noruegos contiene una definición del lugar en el que tuvo lugar el daño económico directo en relación a demandas por competencia desleal⁹³. La demanda fue iniciada con el objeto de obtener compensación por la disminución de las ventas de los productos del demandante en Noruega. La Corte de apelación de Tonsberg dictó que el hecho dañoso mencionado en el art. 7.2 R. 1215/2012 se puede referir al daño causado por prácticas desleales por lo que el daño, esto es la reducción de las ventas sucedió en Noruega tanto respecto a la causa como a los efectos de las prácticas. De este modo la reducción de las ventas en una demanda por competencia desleal se debe considerar como el efecto directo e inmediato. Aunque este asunto se refiera a competencia desleal sus conclusiones pueden aplicarse a acciones por daños y perjuicios provocados por un ilícito antitrust⁹⁴. Esta solución coincidiría a su vez con el criterio del mercado afectado establecido en el art. 6.3 Reglamento Roma II⁹⁵.

35. En el asunto *CDC* el TJUE se refiere a la sentencia *Zuid Chemie* para recordar que el lugar de materialización de daño es el lugar en donde el perjuicio se manifiesta de forma concreta⁹⁶. En casos del perjuicio causado por un sobreprecio causado por un cártel ese lugar “sólo es identificable en relación con cada una de las presuntas víctimas considerada de forma individualizada, y en principio corresponde al domicilio social de ella”. De esta forma el TJUE permite la jurisdicción en el foro del actor ya que este permite una sustantación eficaz del proceso al depender de aspectos propios de la situación de esta empresa. El Tribunal reconoce que serán los tribunales del foro los mejor situados para conocer del litigio⁹⁷. Ahora bien el TJUE se refiere sólo a la totalidad del perjuicio causado a la empresa perjudicada con domicilio en el foro y su acción frente a uno o varios miembros del cártel. Demandantes como *CDC* que agrupan bajo la figura de la cesión de créditos las indemnizaciones de varias empresas deberán presentar demandas individualizadas en el domicilio de cada perjudicada en virtud de la jurisprudencia *ÖFAB* ya que la cesión no tiene

⁹⁰ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 96.

⁹¹ U.K. H.C. *Candy v Schell and Stoecker Reinshangen* Foro pad 1979, I, 225, citado y resumido en J. FAWCETT, H. TORREMANS, *Intellectual Property in Private International Law*, Oxford, OUP 1998, pp. 424-425.

⁹² J. FAWCETT, H. TORREMANS, *Intellectual Property in Private International Law en OUP*, Oxford, OUP 1998, p. 425.

⁹³ Agder Lagmannsrett, Tribunal de apelación de Tonsberg, Noruega, *Saba Molklycke AS v Procter & Gamble Scandinavia Inc* (1997) *ILPr* 704, para 12.

⁹⁴ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 98. J. HILL, *International Commercial Disputes in English Courts*, 3ª ed. Oxford, Hart Publishing 2005, p. 154.

⁹⁵ Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable en las obligaciones extracontractuales conocido como R. Roma II. En adelante R. Roma II.

⁹⁶ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 52; STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie BV*, C-189/09, *Rec.* 2009, p. 06917, apdo. 27.

⁹⁷ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 53;

incidencia en la determinación del tribunal competente⁹⁸. De esta forma CDC se ve obligado a acudir al foro del domicilio de uno de los demandados para conseguir agrupar su reclamación en un solo procedimiento. Así, aunque el importe reclamado por CDC provenga de 71 cesiones de crédito y la Comisión Europea consideró en su decisión sancionadora que se trataba de una sola conducta continuada y de larga duración el lugar de materialización del daño se deberá determinar en relación a cada crédito indemnizatorio.

C) Lugar de implementación del acuerdo o decisión anticoncurrencial

36. El TJUE no valora en la sentencia CDC el lugar de implementación del cartel como otro posible punto de conexión aunque tampoco lo excluye por lo que puede que en el futuro nos topemos con litigios en los que los demandantes traten de justificar la competencia de los tribunales del lugar en el que se ha implementado el acuerdo y que sea distinto del lugar de constitución del cartel y del domicilio del perjudicado. El hecho delictual se completa cuando se implementa el acuerdo o abuso en un mercado concreto⁹⁹. Por tanto, la implementación también puede ser causal para el daño. La implementación no se compone tan sólo de la coordinación y control de las actividades relevantes como por ejemplo, reuniones o actividades en asociaciones sino que el mero intercambio de información sobre precios, cantidades, descuentos o similares pueden suponer actividades relevantes para la implementación del acuerdo¹⁰⁰. La implementación también se da en el lugar en el que se traslada el precio acordado a la cadena de suministro o a un mercado concreto o en el lugar en el que se fija un precio en base a un acuerdo adoptado en otro lugar. En el caso de un reparto de mercado la actividad consistiría en respetar un mercado concreto dejando que actúen otros¹⁰¹. En el caso de grandes multinacionales participantes en un cártel transnacional el lugar en el que se adopta la decisión podrá ser el domicilio de la matriz que puede ser la que haya autorizado la consulta y ordenado a sus filiales implementarla. Fijar el foro en este lugar no supone un perjuicio para los demandados ya que este coincidiría con el foro del domicilio del demandado en base a los arts. 4 y 63 R. 1215/2012. Ahora bien, considerar que el domicilio es el único lugar en el que se ha implementado la conducta prohibida puede generar dificultades al privilegiar a los demandados bloqueando otros posibles foros y menoscabando el carácter de delito de mercado de este tipo de ilícitos¹⁰².

Los tribunales británicos siguieron este criterio en la sentencia *Provimi* al afirmar que el acto de implementación es lo que podría provocar el daño a los demandantes¹⁰³. Sin embargo, en este asunto no se trata de forma particular el lugar en el que el hecho dañoso ha ocurrido. El Tribunal Regional *Dortmund* en su sentencia sobre el cártel de las vitaminas del año 2005 tampoco valora el lugar de los hechos como lugar determinante a efectos de fijar su competencia judicial siguiendo la doctrina *Shevill*¹⁰⁴. El lugar en el que se ha adoptado el acuerdo ilícito o el domicilio de otro cartelista son para el *Landgericht* irrelevantes ya que se basó en el *Erfolgsort* o el lugar del daño¹⁰⁵ como el TJUE en el caso CDC.

⁹⁸ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 55, STJUE, 18 julio 2013, *ÓFAB*, C 147/12, apdo. 58.

⁹⁹ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 93.

¹⁰⁰ P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 802.

¹⁰¹ P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW*, 2012, pp. 797-807, p. 802.

¹⁰² P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 802.

¹⁰³ UK H.C., 6 mayo 2003 *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. al.* 2003 EWHC 961, apdo. 38. Comentario a la sentencia por F.W. BULST, "The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private antitrust Litigation in Europe" en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

¹⁰⁴ G. MÄSCH, "Vitamine für Kartelloffer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht" en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

¹⁰⁵ El LG Dortmund no siguió los principios de *Kronhofer* y *Torline* en primer lugar porque su sentencia es anterior a las citadas. No obstante este tribunal ni siquiera entra a justificar su decisión al ignorar que el lugar en el que se daña el bien jurídico protegido y considera el lugar del patrimonio como el lugar relevante a efectos del art. 5.3. del R. 44/2001. G. MÄSCH, "Vitamine für Kartelloffer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht" en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

D) Valoración

37. Las demandas basadas en infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE merecen un trato particular y diferenciado¹⁰⁶. Esto se debe a que se trata de normas fundamentales que forman parte de la política de cada Estado miembro que provienen directamente del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por lo que su aplicación no está limitada a un solo Estado miembro. Por tanto, las cuestiones respecto al hecho que constituye la infracción y el lugar en el que ocurre deben de ser respondidas de acuerdo al Derecho de la Unión Europea. Aunque cada lugar en el que se haya adoptado el acuerdo o parte del mismo pueda ser relevante, el foro debería limitarse a aquellos lugares que presenten más nexos con la acción y el delito en cuestión.

38. Aunque a primera vista pueda parecer imposible determinar todos aquellos lugares, las supuestas víctimas se basarán en el caso de demandas *follow on*, como es el caso *CDC*, en la decisión sancionadora de la Comisión Europea. Estas decisiones describen entre otros aspectos la conducta ilegal, los hechos y lugares de adopción de los acuerdos ilegales, la forma de implementarlos así como los mercados afectados. A mayor abundamiento, el criterio de previsibilidad se cumple con más facilidad respecto a los demandados ya que ellos mismo decidieron reunirse o adoptar las conductas ilícitas en los lugares que determinar según su propia voluntad. Los propios miembros del cártel determinaron en qué mercados actuar y cómo implementar sus acuerdos. Por lo tanto, estos lugares sí pueden ser previsibles para los demandados. Los demandantes por el contrario tienen que poder basarse en las decisiones sancionadoras que probablemente recogerán los lugares en los que se adoptaron los acuerdos para poder determinar el lugar del hecho dañoso. En efecto, este criterio sí parece cumplir con los requisitos del R. 1215/2012 por lo menos en relación a las acciones *follow on*. En las acciones *stand alone* la supuesta víctima evitará de forma automática este criterio para determinar el foro ya que seguramente no dispondrá de pruebas suficientes respecto a los hechos causantes del daño y tratará de optar por el lugar del daño o por el domicilio del demandado a falta de más información.

En conclusión, la Sentencia del TJUE en *CDC* establece que cada una de las víctimas “puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel, o del lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí sólo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social.

39. Sin embargo, del análisis realizado se desprende que dependiendo de la conducta ilícita, los demandantes que opten por el art. 7.2 R. 1215/2012 podrían escoger entre los siguientes foros:

- el domicilio de cualquiera de los infractores,
- cualquiera de los lugares en el que se haya acordado la conducta ilícita, distintos del domicilio del demandado y
- el lugar en el que la víctima sufre el daño directo que coincide con su domicilio.

Las dos primeras opciones se refieren al daño total, mientras que la tercera estaría limitada al daño sufrido localmente debido a la tesis del mosaico o *Mosaikbetrachtung*, establecida por las sentencias *Shevill* y *Kronhofer*. Esto se debe a que no sabemos si la opción de acumulación de *E-Date* podrá también ser aplicada a este tipo de casos. Si la segunda se basa en el lugar en el que se ha adoptado un acuerdo o parte del mismo las posibilidades del foro podrán ser fortuitas. En muchos de estos casos el tribunal del foro puede no coincidir con el mercado afectado por la conducta. De lo anterior se desprende en principio que en muchos casos no se puede cumplir con los principios de previsibilidad y seguridad jurídica. Así las cosas, precisamente el abanico de opciones disponible para las víctimas de ilícitos anticoncurrenciales puede fomentar el *forum shopping* positivo complementando el efecto disuasorio vital para la eficacia del Derecho antitrust. A pesar de esta consecuencia positiva, a día de hoy, las dudas sobre su idoneidad o no para este tipo de acciones pueden llevar que las víctimas opten por el foro más

¹⁰⁶ M. DANOVA, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 93.

seguro, el del domicilio del demandado, en detrimento de foros más cercanos. Estas dudas en principio se resuelven con la sentencia *CDC*.

40. Ahora bien, el problema principal no sólo radica en la aplicación de numerosas normativas a los mismos hechos sino también en el desarrollo práctico y procesal de dicho litigio. Además, aunque se aplicase el derecho de un solo país el litigio seguirá siendo especialmente complejo. A mayor abundamiento la obtención de pruebas que acrediten los efectos en cada país puede ser especialmente compleja. Para poder calcular los daños sufridos en los distintos países habrá que llevar a cabo análisis de mercados en los mercados nacionales afectados que se basarán en documentos redactados en los idiomas de cada país. Asimismo los interrogatorios de testigos de distintos países también podrían resultar necesarios. Si bien el Derecho de la Unión Europea ha facilitado la obtención de pruebas de otros Estados miembros siguen existiendo dificultades sustanciales.

Las dificultades de este tipo son por tanto abundantes y provocan que los demandantes dividan sus demandas y demanden en cada Estado por lo que la situación a día de hoy es insatisfactoria. Precisamente vehículos como la acumulación de créditos y cesión a entidades especializadas permiten plantear de forma viable acciones que de forma individualizada resultarían prácticamente imposibles. Por tanto, en nuestra opinión se debe de aplicar *E-Date* a estas acciones además de considerar que el lugar del daño coincide con uno de los mercados afectados y permitir la acumulación para racionalizar el proceso en la misma medida que se puede someter el cartel a un solo procedimiento sancionador y se puede determinar un solo derecho aplicable tal y como reconoce el art. 6.3.b Reglamento Roma II. Se trata de una vinculación próxima y razonable que se corresponde con la línea seguida en los R. Roma I y II relativos al Derecho aplicable.

41. Los posibles abusos que se pueden plantear al aplicar la doctrina *E-Date* se pueden corregir con la definición recogida en el art. 6.3.b y considerandos 21 y 23 del R. Roma II, según la que el país en el que ocurre el daño o puede ocurrir en asuntos relacionados con el Derecho de la Competencia Europeo es el país en el que el mercado está afectado o puede estarlo. Aunque esta definición sirva para determinar el derecho aplicable al asunto nada impide que también se siga el mismo criterio a efectos jurisdiccionales. Es más, el legislador comunitario nos ha indicado que las normas del R. Roma II deben de ser coherentes con el R. 1215/2012¹⁰⁷.

Partiendo de la base que el R. 1215/2012 también pivota sobre el daño directo se podría argumentar que a efectos de determinar la jurisdicción el daño directo se produce en el país del mercado afectado¹⁰⁸. El lugar en el que se encuentra el mercado afectado como lugar en el que ocurre el daño puede considerarse como un factor de conexión clave para determinar los tribunales competentes. Si se emplea este criterio como factor de conexión los tribunales que conozcan del asunto también estarán mejor posicionados para conocer de la demanda puesto que conocerán de primera mano el mercado afectado y el fondo de la demanda. Este factor obviamente se debe complementar permitiendo la acumulación sólo en aquellos casos en los que el mercado esté directa y sustancialmente afectado en línea con el artículo 6.3.b del Reglamento Roma II. En efecto, esta norma ofrece como opción la aplicación de un solo derecho a todos los daños, incluso en casos con pluralidad de demandados, si se cumplen una serie de requisitos¹⁰⁹. Así, cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado en un Estado miembro puede optar por basar su demanda en la legislación de dicho foro, siempre y cuando este mercado figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda¹¹⁰. Aunque la opción del artículo 6.3.b R. Roma II esté en principio prevista para elegir la *Lex Fori* en el domicilio del demandado, siguiendo los criterios de la sentencia *CDC* queda claro

¹⁰⁷ Considerando 7 del R. Roma II. P. MANKOWSKI, “Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW*, 2012, pp. 797-807, p. 805.

¹⁰⁸ M. DANOVA, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 97.

¹⁰⁹ M. ILLMER, en “Art 6 Rome II“ en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 104.

¹¹⁰ M. ILLMER, “Art 6 Rome II“ en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 107.

que el domicilio del perjudicado demandante no es un foro imprevisible para el demandado, por lo que la opción del mercado afectado de forma directa y sustancial debería permitir encontrar a los tribunales mejor situados para conocer del caso que además si se cumplen los criterios podrían conocer el caso conforme a su derecho material por ser el más cercano al litigio.

42. El objetivo final de Derecho Internacional Privado y en particular de los Reglamentos R. 1215/2012 y del R. Roma II es aumentar la previsibilidad, reducir los costes y duración de los litigios, así como el riesgo de decisiones erróneas al permitir al tribunal analizar todos los aspectos del caso según la Ley del Foro¹¹¹. Esta interpretación también permite limitar los efectos negativos de la doctrina de los efectos y del principio mosaico que podrían desincentivar a los perjudicados desde el comienzo. Recordemos que nos encontramos ante litigios de gran complejidad práctica y daños dispersos entre muchos perjudicados de forma que la viabilidad de las acciones puede fracasar en cuestiones prácticas iniciales entre las que el Derecho Internacional Privado juega un papel esencial. Por ello se debería permitir el foro en el lugar del daño en el domicilio del demandado por la totalidad de los daños cuando el mercado se vea afectado directa y sustancialmente. Esta interpretación presenta las siguientes ventajas:

- Se garantiza la mejor administración de justicia debido a la cercanía de las pruebas,
- se permite en lugar de dificultar la aplicación efectiva del Derecho de la Competencia,
- se evitan trabas adicionales al derecho de resarcimiento de las víctimas,
- se acumulan las acciones en un solo tribunal permitiendo optimizar el uso de los recursos judiciales.

5. Atribución de las actuaciones de otros implicados o demandados

A) Actos de otros miembros del cártel

43. En principio los actos cometidos voluntariamente de forma conjunta podrán ser atribuidos al resto de los miembros del cártel. El art. 7.2 R. 1215/2012 no se limita a los actos del infractor sino que se refiere a todos los actos de los que pueda ser responsable¹¹². Esto no supone una colisión con el art. 8 R. 1215/2012 ni permite una concentración en el lugar en el que el infractor principal desarrolle su actividad. Tampoco existe riesgo de *forum shopping* excesivo ya que sólo se le podrán exigir responsabilidades en aquellos lugares en los que hayan desarrollado sus actividades de forma voluntaria y consciente¹¹³. No obstante, el TJUE ha aclarado en la sentencia *Melzer /MF Global* que el art. 7.2 R. 1215/2012 *no permite determinar, en virtud del hecho generador imputado a uno de los presuntos autores de un daño que no es parte en el litigio, una competencia jurisdiccional frente a otro presunto autor de dicho daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano jurisdiccional que conoce*¹¹⁴.

Por tanto, para que el art. 7.2 R. 1215/2012 pueda servir para determinar la competencia del tribunal la empresa cuyo domicilio sirva de nexo deberá ser parte del litigio y deberá haber actuado en el ámbito competencial del tribunal al que se ha acudido.

44. En la sentencia *CDC*, se plantea una situación similar ya que la demandante *CDC* ha retirado la demanda contra la empresa cuyo domicilio había servido para fijar la competencia judicial internacio-

¹¹¹ E. RODRIGUEZ PINEAU, "Conflict of Laws comes to rescue of Competition Law: The new Rome II Regulation", en *JPRIL* 2007, pp. 311-323. P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193 p.188. R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Londres, Sweet Maxwell 2009, apdo. 20-70. M. ILLMER, "Art 6 Rome II" en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 108.

¹¹² P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 803.

¹¹³ P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 803.

¹¹⁴ STJUE, 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global*, C 228/11, apdo. 41.

nal de los tribunales de Dortmund. A diferencia de otros en este caso parte de los hechos generadores del daño han tenido lugar en Alemania y el resto de empresas demandadas habían actuado en Alemania por lo que se cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia *Melzer*¹¹⁵.

B) Atribución de otras empresas del grupo, concepto de *undertaking*

45. También cabe la atribución de los actos de personas jurídicas dentro del mismo grupo empresarial en base al concepto comunitario *undertaking*. El Derecho de la Competencia Comunitario se basa en el concepto de *undertaking* para determinar el sujeto actor de una infracción¹¹⁶. Por *undertaking* se puede entender un grupo de empresas que actúa como una unidad económica pudiendo incluso romper con los principios de separación entre sociedades mercantiles establecidos por los distintos ordenamientos societarios y mercantiles de cada Estado miembro¹¹⁷. Esta opción fue seguida por la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales en el asunto *Provimi* pero en relación a los arts. 4 y 8 R. 1215/2012 para fijar su foro. No obstante, el Derecho Internacional Privado sí respeta la separación entre las distintas sociedades que pueda haber en un grupo por lo que la atribución debería ser posible desde la perspectiva delictual en aquellos casos en los que las distintas sociedades hayan actuado de forma conjunta y consciente tal y como se ha resaltado en la sentencia *Cooper Tire* ante los tribunales ingleses y coincidiendo con la interpretación de la Comisión Europea¹¹⁸.

III. Conclusión: ¿La oportunidad perdida?

46. La sentencia CDC supone un gran avance al aclarar buena parte de la incertidumbre. Reconoce que el lugar de materialización del daño coincide con el domicilio del perjudicado y demandante. Ahora bien el TJUE ha seguido la interpretación tradicional iniciada con *Shevill*. Cuando los daños se repartan en varios Estados se aplicaría la tesis del mosaico según la que el tribunal del Estado miembro tiene competencia según el art. 7.2 R. 1215/2012 para decidir sobre los daños que se hayan producido en su territorio sin poder disponer respecto a los daños producidos en otros Estados miembros. Así las cosas, el TJUE ha perdido la oportunidad en relación a demandas como las de *CDC*. Precisamente este tipo de estructuras en las que se agrupan los créditos de diversos perjudicados permitiendo la economía de escalas y optimizar el procedimiento al máximo no podrán ser agrupadas ante el tribunal del foro del domicilio de una de las empresas perjudicadas aunque el mercado esté afectado sustancialmente por la conducta. Por ello, para poder concentrar demandas habrá que seguir acudiendo al foro del demandado aunque en estos casos el mercado no esté sustancialmente afectado por la conducta por lo que los tribunales del foro del demandado no estarán especialmente bien posicionados para conocer el caso. Recordemos que en este tipo de casos los mayores problemas procesales se encuentran en la prueba del daño causado. La conducta y su ilicitud son fácilmente acreditables cuando se trata de una demanda *follow on*, la causalidad también se reconoce con sencillez. Ahora bien, la determinación del daño y su prueba son especialmente complejos por lo que la cercanía al mercado afectado facilitaría el trabajo de los tribunales. Aunque no haya empleado esta posibilidad, no se puede concluir que una interpretación que acerque el foro al mercado afectado directa y sustancialmente para la acumulación de los distintos créditos en un solo foro en línea con lo establecido por el artículo 6.3.b del R. Roma II deba ser rechazada. Es más, los considerandos nº 7 de los Reglamentos Roma I y II exigen una aplicación coordinada y consecuente de estos reglamentos y del R. 1215/2012. Además el foro del mercado afectado directa y sustancialmente es el mejor posicionado para conocer la demanda. Las posibilidades de abuso por parte

¹¹⁵ LG Dortmund, 29 april 2013, *Bleichmittel*, 13 O Kart en *WUW*, 09/2013, , pp. 872 y ss.

¹¹⁶ D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damage Actions in EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7033.

¹¹⁷ UK H.C., *Provimi*, EWHC 961, Comm, 2003 2 All ER (Comm) 683, 30.

¹¹⁸ C. A. UK, *Cooper Tire & Rubber*, EWCA Civ 864, 34 P. MANKOWSKI, “Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 804.

de posibles demandantes se limitan gracias al requisito “sustancialmente afectado” por ello el riesgo de *bad forum shopping* o de desequilibrios es reducido. Se trata por tanto, de una vinculación próxima y razonable que se corresponde con la línea seguida en el Reglamento Roma II.

Así, en nuestra opinión se debe estudiar la aplicación de la doctrina *E-Date* a estas acciones de agrupación de créditos corrigiendo posibles desajustes con el requisito del mercado afectado directa y sustancialmente permitiendo la acumulación para racionalizar el proceso.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARA NULOS TODOS LOS ARTÍCULOS DE LA LEY 10/2007, DE 20 DE MARZO, DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL VALENCIANO

THE CONSTITUTIONAL COURT DECLARED THE WHOLE LAW 10/2007, OF MARCH 20, ON VALENCIAN MATRIMONIAL ECONOMIC REGIME, AS UNCONSTITUTIONAL

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

*Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense*

Recibido: 19.07.2016 / Aceptado: 27.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3263>

Resumen: La Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016 ha declarado inconstitucional la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, respetando los efectos que la misma ha desplegado durante su vigencia. El Tribunal entiende que si no existían normas escritas ni costumbres que regulasen esa materia (ni tampoco otras conexas) y estuvieran vigentes cuando la Constitución de 1978 entró en vigor, la Comunidad Valenciana no tenía competencia legislativa. Eso sí, el mismo mensaje valdría para combatir los excesos legislativos catalanes en materia de Derecho civil.

Palabras clave: fueros medievales, *Furs*, Comunidad Valenciana, régimen económico matrimonial, competencias en Derecho civil.

Abstract: The Constitutional Court ruling of 28 April 2016 declared the Law 10/2007 of March 20, on Valencian Matrimonial Economic Regime, as unconstitutional, without altering the effects that it has displayed during its term. The Court understands that if there were no written rules or customs that regulated such matter (nor other related or connected to them) and were in force when the Constitution of 1978 came into effect, Valencia had no legislative competence. Nevertheless, the same doctrine would be worth to combat Catalan legislative excesses in civil law.

Keywords: Charters, medieval *Furs*, Valencian Community, matrimonial economic regime.

Sumario: I. Los antecedentes. II. Los antecedentes de los antecedentes. III. La doctrina de la Sentencia de 28 de abril de 2016. IV. ¿Rebobinamos? El inventario de excesos autonómicos. 1. ¿Tolerancia cero con Valencia y permisividad con otras Comunidades Autónomas? 2. La premisa ofrecida por la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). 3. La trampa de las instituciones conexas. 4. ¿«Allí donde existan» o «allí donde hayan existido»? 5. Las extralimitaciones oblicuas. 6. Las extralimitaciones frontales. 7. ¿Una batalla perdida? V. Conclusión.

I. Los antecedentes

1. La cuestión comenzó cuando el Proyecto de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana decía en su Exposición de Motivos que «*es necesario que a través de la recuperación de los Fueros del Reino de Valencia recupere también nuestra Comunidad la dignidad perdida como consecuencia de la abolición llevada a cabo por la injusta promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707*». Pero la

Constitución dice a las claras en ese artículo 149.1.8ª, del que tanto se ha escrito, que las Comunidades Autónomas en las que exista Derecho civil foral («Derechos civiles especiales, allí donde *existan*», en presente de subjuntivo), pueden proceder a su «*conservación, modificación y desarrollo*». Ello pudiera permitir que en Valencia se legislase en orden a la preservación, si no de un Derecho foral escrito vigente cuando la Constitución se aprobó (pues el mismo fue, en efecto, derogado por Felipe V en ese conocido Decreto de 1707), sí del Derecho consuetudinario que estuviera efectivamente vigente allí en 1978.

2. La promulgación de la *Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano* había dejado boquiabierto a mucho lector no acostumbrado a estos sustos. De hecho, no fue fruto de un Proyecto de ley presentado a las Cortes valencianas por el Gobierno de la Generalidad, sino de una Proposición de ley presentada por el Grupo Popular de aquel Parlamento, para así saltarse a la torera los informes previos que había de dar la Comisión de expertos (expertos entre los que estaban varios magníficos civilistas que pasaron a ser dimisionarios tras el desplante). A la hora de legislar en Derecho civil autonómico de espaldas a la Constitución, el Presidente Camps no quería ser menos que los impulsores del nuevo Estatuto de Cataluña.

3. Pero es que la grandilocuente frase transcrita del Proyecto del nuevo *Estatut* (aunque después se suavizó un poco en el texto definitivamente aprobado) no iba referida a un Derecho civil, escrito o consuetudinario que pudiera encontrarse vigente, sino, precisamente, al que no lo estaba cuando la Constitución se promulgó. Y eso no es «conservar», ni «modificar» ni «desarrollar», sino más bien «recuperar» un Derecho que llevaba trescientos años sin aplicarse. Resucitar los viejos *Furs* que, tras la conquista de Valencia por el Rey Jaime I, fueron concedidos en el año 1261, primero a la ciudad de Valencia y después a todo el territorio que en aquella época integraba el Reino de Valencia. El Preámbulo de la ley valenciana 10/2007, que en las Universidades de Valencia, Alicante y Castellón han tenido que estudiar durante estos últimos años los alumnos como ejemplo de heterodoxia jurídica, dice que no se trata de resucitar la dote o la subordinación de la mujer al marido, sino que sólo hay que salvar «lo constitucionalmente impecable». Pero es que da la casualidad de que el viejo Derecho matrimonial de los *Furs* no tiene prácticamente nada de constitucionalmente impecable, pues todo él se basaba en esas dos ideas centrales.

4. ...Y entonces, al legislador no le quedó más salida que *idear* un régimen económico matrimonial nuevo. ¿Que el Fuero de Jaime el Conquistador decía que la mujer no podía tener derecho alguno sobre aquello que el marido ganara? Pues entonces, se establece la separación de bienes como régimen económico común en ausencia de pactos entre los cónyuges. Como si eso tuviera algo que ver con la recuperación del Fuero «en clave constitucional». Y sobre todo, como si la práctica de los últimos trescientos años hubiera demostrado que, en efecto, es el de separación de bienes el comúnmente practicado por las parejas valencianas. Como dice el profesor BLASCO GASCÓ, los valencianos no solían pactar separación de bienes en mayor número que los castellanos o los andaluces. Yo nunca me cansaré de recomendar separación de bienes a los matrimonios cuyos miembros ejercen profesiones u ocupaciones que tienen elevado riesgo de responsabilidad civil (médicos, arquitectos, abogados, empresarios), pero no porque sea ése precisamente el régimen *natural* de Valencia o de la Conchinchina. Por eso dice algo más Blasco: «*No he visto en las notarías valencianas filas de valencianos queriendo pactar, como pueden hacerlo desde hace muchos años, un régimen de separación de bienes; y quienes lo han hecho, constante matrimonio, no ha sido henchidos de valencianía, sino por otros motivos, digamos, más materiales; y quienes lo han hecho antes de contraer matrimonio, o al contraerlo, podemos decir que son más previsores, pero no más valencianos*». Y si encima el modelo resultante es una copia del que ya contenía el Código civil, pues para este viaje no hacían falta alforjas.

II. Los antecedentes de los antecedentes

5. No me cabe ninguna duda que la misma *maniobra* podría utilizarse para organizar todo un régimen económico matrimonial allí donde viejos Fueros hayan conocido hace siglos las figuras que

existían en el Reino de Valencia u otras diferentes. Es el caso, por ejemplo, del Fuero de Vicedo dado por Don Alonso VIII a ciertos pueblos de Cantabria y confirmado por Don Juan I y II: «*Casándose en Laredo y pasado año y día, queden o no hijos de aquel matrimonio, todos los bienes, no sólo los adquiridos, sino también los que entraron al matrimonio y durante él, heredasen marido y mujer, se les comuniquen y adquieran por mitad recíprocamente, si no es que en las capitulaciones matrimoniales expresamente se renuncie al Fuero*». La misma norma se aplicaba en los pueblos de Ampuero, Seña, Marrón, Udalla y Cereceda, y los protocolos notariales dan fe de su aplicación durante varios siglos, y al menos hasta 1855.

6. De la misma manera, la responsabilidad de una esposa en relación con las deudas de su marido en el viejo Fuero de Cuenca es muy llamativa. La esposa había de localizar a su marido si éste había huido de la ciudad con el fin de que compareciera ante el juez, y en el caso de que ella se negara, el acreedor podía ir a la casa y coger cualquier cosa en pago. En el caso de que el marido desapareciera sin pagar, la mujer había de pagar el doble de la deuda, y en el caso de muerte del esposo, toda la deuda recaía sobre la viuda. Para estas normas se aduce que si ella compartió la buena fortuna, también tenía que compartir sus problemas. La pregunta es sencilla: ¿qué hace la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha? ¿Por qué no aprovecha y propone legislar sobre el pasivo y la gestión de la sociedad de gananciales? Semejante *jugada* estaría igual de justificada que la urdida en Valencia, pues dos de los más importantes Fueros extensos, los de Sepúlveda y Cuenca, se publicaron en el crucial periodo que va entre la caída del califato de Córdoba en 1031 y la derrota de los almohades en 1212 en las Navas de Tolosa.

7. Y ya puestos, el Parlamento andaluz se podría también dedicar a dictar su propia ley de régimen económico matrimonial basando su competencia para hacerlo en las costumbres holgazanas de Córdoba (dadas por Isabel la Católica y según las cuales, como las mujeres cordobesas no participaban en el sostenimiento de las cargas familiares, tampoco podían participar en los gananciales adquiridos durante el matrimonio), y que fueron suprimidas por Carlos IV en 1801.

8. No quiero con esto decir que sean comparables en importancia las viejas normas cántabras, conquenses, sepulvedanas o cordobesas con los *Furs* de Jaime I. Y es indiscutible que los Decretos de Felipe V fueron injustos con Valencia, y que fue ése el precio que se vieron obligados a pagar en esas tierras por su apoyo explícito al Archiduque de Austria en la sucesión al trono de España, por mucho que se empeñara el primer Borbón en convencer a propios y extraños de que las castellanas fueran leyes «tan loables y plausibles en todo el Universo». También es cierto que las restantes regiones forales sí acabaron recuperando, más tarde o más temprano, los Fueros que habían sido objeto de abolición. Y es en ellas en las que pensaba Alonso Martínez con sus bellas palabras que explicaban un propósito del Ministro de Gracia y Justicia que fue el que condujo al anhelado desbloqueo de la codificación civil española: «*Lo declaro franca y noblemente: mi sueño dorado es la publicación del Código civil; y sin embargo, renunciaría a esta ilusión de mi vida, la que más ambiciono en el puesto que hoy ocupo, y la que he acariciado más en la Comisión de Codificación, si para realizarla hubiera de pasarse de pronto el nivel sobre todas las provincias españolas, sometiéndolas a viva fuerza a una ley totalmente idéntica, siendo como es diferente en puntos esenciales de su organismo jurídico, con el riesgo inminente de producir en su seno una honda perturbación*»¹.

9. Y, lamentablemente, también es cierto, a la contra, que hubo regiones como Galicia que, ya en el siglo XX y en la etapa de las Compilaciones forales, no tenía ni siquiera un Derecho foral escrito, sino que solamente contaba con las costumbres del agro gallego, pero quién sabe por qué extraña razón se sumaron al proceso compilador –hay quien destaca el dato del origen gallego del Ministro de Justicia Álvarez Bugallal en la época de promulgación de la Compilación gallega²–. Y otras como Extrema-

¹ ALONSO MARTÍNEZ, «De las dificultades que se oponen a la publicación del Código civil», en *El Código civil en sus relaciones con las Compilaciones forales*, t. I, 1884. Consultado el texto en Rogel y Vattier (coords.), *Alonso Martínez. Vida y obra*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pg. 1177.

² LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 1, 21ª edic, Madrid, 2015, pg. 21.

dura, en cuyo territorio había y sigue habiendo dos docenas de pueblos en los que se encuentra vigente el sistema de comunidad universal en el matrimonio conocido como Fuero del Baylío, que no llegó a compilarse, pero que continuó vigente cuando se promulgó la Constitución de 1978 y de ahí la indiscutible competencia del Parlamento extremeño para su desarrollo³. Y mientras tanto, otras, como Valencia, continuaron con sus Fueros sepultados.

10. Pero lo que no se puede ignorar es que unos Fueros del siglo XIII, abolidos en el siglo XVIII y que nunca fueron recuperados, no constituyen plataforma suficiente para considerar que, cuando llegó la promulgación de la Constitución de 1978, la Comunidad Valenciana estaba incluida en la expresión «*allí donde existan*». ¿Y reconocer eso constituye una herida lacerante, ya en pleno siglo XXI, para el pueblo valenciano? Dice PIQUERAS que «*todo parece indicar que por lo menos en la época de redacción de los primeros Furs, a las hijas se las dotaba y ahí acababa su participación en la herencia familiar. Para la mayoría, la dote fue posiblemente su única posesión material*»⁴. ¿Anhelaban en Onteniente y en Alcira, en Morella y en Vinaroz, buscar en el régimen dotal un *aggiornamento* que lo hiciera «constitucionalmente impecable»? Dice también, al respecto de la intervención de los progenitores en los matrimonios, que «*contraer esponsales como matrimonio sin consentimiento paterno se castigó, desde 1332 con la pena de decapitación*»⁵. ¿Querían en Altea y en Calpe, en los tiempos que corren, buscar una intervención, por suave que fuera para así superar el filtro constitucional de la dignidad de la persona (art. 10 CE), del padre de la hija contrayente del matrimonio (y de la madre, para que fuera también «constitucionalmente impecable»)? No es de extrañar, en fin, que el recurso de la Abogacía del Estado hablara de que la Generalitat quería una «recuperación romántica o indiscriminada del Derecho foral valenciano».

III. La doctrina de la Sentencia de 28 de abril de 2016

11. Y eso es lo que ahora ha dicho la **STC de 28 de abril de 2016**. No es posible remontarse a un momento anterior para entender el significado de la expresión «allí donde existan»: esa preexistencia «*no debe valorarse con referencia a cualquier coordenada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino muy precisamente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución*». Nada nuevo, pues ello ya se había dicho hace un cuarto de siglo en la STC 121/1992, de 28 de septiembre. Se trata de conservar, modificar y desarrollar el Derecho que estaba vigente cuando la Constitución se aprobó, y no vale que las Comunidades Autónomas legislen sobre instituciones que no formaban parte de ese Derecho vigente en 1978. Y tampoco vale decir, como hace el Voto Particular de Don Juan Antonio Xiol, que la competencia valenciana para aprobar esta ley se hallaba en el Estatuto de Autonomía, que desde su reforma de 2006 (Ley Orgánica permitía «*la recuperación de los contenidos correspondientes del histórico Reino de Valencia*», y que si contra el Estatuto que no se intentó recurso alguno, no pueden anularse las leyes dictadas a su amparo.

12. La Sentencia prefiere pensar que un Estatuto de Autonomía «*no es una norma atributiva de las competencias del Estado*». En efecto, el ámbito competencial de un Estatuto de Autonomía, a modo de lo que los americanos denominan «*lower Law*», no puede ser más amplio de lo que el «*higher Law*» de la Constitución permita, pues, como sostenía la Abogacía del Estado, los Estatutos de Autonomía están jerárquicamente subordinados a la Constitución, y lo que resulta es que la Ley impugnada «*no refleja una realidad consuetudinaria efectivamente existente (...), sino que la crea ex novo*, sin conexión alguna con sus usos vigentes, tratando además de resucitar prácticas ya abandonadas por haber sido formalmente derogadas». Es cierto que la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de transferencia de competencias de titularidad estatal a la Comunidad Autónoma Valenciana (LOTRAVA, en lo sucesivo) sirvió para que

³ Puede verse YZQUIERDO TOLSADA, «El Fuero del Baylío, vigente pero no viable», *Actualidad Civil*, nº 19, 1991, pgs. 239 y ss.

⁴ PIQUERAS JUAN, «Contratos matrimoniales en régimen dotal, 1381-1491: una aproximación a la sociedad del reino medieval de Valencia». *En la España Medieval*, 2012, vol. 35, pg. 104.

⁵ PIQUERAS JUAN, ob. cit., pg. 106.

la Comunidad Valenciana asumiera la competencia para legislar en materia de Derecho civil. Esa asunción competencial se confirmó después en las reformas operadas en el Estatuto de Autonomía de 1994 y de 2006. En definitiva, la Sentencia examina el art. 1 LOTRAVA y el art. 7.1 y la Disposición transitoria tercera del Estatuto (versión vigente debida a Ley Orgánica 1/2006, de 10 abril, en adelante EACV):

Art. 1 LOTRAVA: «*Por la presente ley, el Estado, de acuerdo con el artículo 150.2 de la Constitución, transfiere a la Comunidad Autónoma Valenciana todas aquellas competencias correspondientes a materias de titularidad estatal comprendidas en el Estatuto de la Comunidad Valenciana que excedan de las competencias configuradas en el artículo ciento cuarenta y ocho de la Constitución, de acuerdo con los siguientes criterios:*

(...)

b) *La potestad legislativa sobre tales materias, en cuanto no se encuentre reservada al Estado por la Constitución, podrá ser ejercida por la Comunidad con toda la amplitud prevista en el artículo ciento cincuenta de aquélla».*

Art. 7.1 EACV: «*El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana. Esta reintegración se aplicará, en especial, al entramado institucional del histórico Reino de Valencia y su propia onomástica en el marco de la Constitución Española y de este Estatuto de Autonomía».*

Finalmente, la disposición transitoria tercera EACV establece: «*La competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española».*

13. El Tribunal, haciendo suya la calificación dada por la Abogacía del Estado, entiende el art. 7.1 del Estatuto es un precepto *competencialmente neutro*, o lo que es lo mismo, no atribuye competencias a la *Generalitat*, sino que se limita a sentar un principio de actuación conforme a la Constitución que habrá de ser lo que informe el ejercicio de las competencias autonómicas. Y la misma interpretación habrá de merecer la disposición adicional tercera EACV cuando se refiere a la recuperación y actualización de la «*normativa foral del histórico Reino de Valencia*», dado que ello lo hace «*en los términos establecidos por este Estatuto*», es decir, por el art. 49.1.2 y «*al amparo de la Constitución Española*». En resumidas cuentas, todo con plena sujeción al art. 149.1.8 CE cuando se trata de conocer qué superficie tiene la competencia estatutaria cuando se presenta para acometer la «*conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano*». Terminantemente, afirma la Sentencia que un Estatuto de Autonomía no es norma atributiva de las competencias estatales prevista en el art. 149.1 CE, pues tales competencias son indisponibles para el legislador estatutario, como poder constituido que es ⁶.

14. Y si la competencia se obtuvo en la Comunidad Valenciana a través de la LOTRAVA, ello no evita la conclusión: «*si bien la Comunidad Autónoma Valenciana posee competencia legislativa en materia de derecho civil valenciano, tal y como expresa su EACV, ésta, como cualquier otra Comunidad Autónoma con derecho civil propio, debe ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, es decir, con la finalidad de conservar, modificar o desarrollar las normas legales o consuetudinarias que formen parte de su acervo jurídico a la entrada en vigor de la CE*». No cabe, en fin, pensar en una preexistencia referida a «*cualquier coordinada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino, muy precisamente, al tiempo de entrada en vigor de la Constitución*». Por lo tanto, si no se ha aportado la prueba de que en la Comunidad Valenciana existía ley o costumbre vigente, la

⁶ Discurren en contra, razonando en todo momento con base en la premisa de que el *Estatut* es la norma atributiva de la competencia civil desde la cual pueden legislar las Cortes Valencianas, legítimamente y sin que haya que mirar el techo impuesto por la Constitución en materia civil, los trabajos contenidos en PALAO GIL, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, MOLINER NAVARRO Y TORREJÓN PUCHOL, *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil*, ed. Titant lo Blanch, Valencia, 2013.

inconstitucionalidad es palmaria. Y no basta con aducir cualquier suerte de conexión entre los antiguos *Furs* del Reino de Valencia y las instituciones económico-matrimoniales reguladas en la Ley impugnada, pues lo que hacía falta era probar la pervivencia de las concretas costumbres que pudieran servir de punto de conexión: «*Por lo que se refiere a cualquier institución jurídico civil, haya sido recogida por norma positiva o consuetudinaria, hay que señalar que, para el ejercicio de la competencia legislativa, la acreditación de su existencia en el momento de entrada en vigor de la CE se erige en presupuesto indispensable*».

15. Eso sí, los valencianos que desde la entrada en vigor de la ley ahora anulada celebraron matrimonio y no hayan otorgado capitulaciones matrimoniales, se entiende por la sentencia que lo que deseaban era regir su economía por el régimen de separación de bienes, previsto en aquella como régimen supletorio de primer grado. Y añadido yo, si no sabían que ése estaba siendo su régimen, no está mal que lo sepan ahora, pues si les disgusta, tendrán que manifestar su voluntad contraria mediante capitulaciones matrimoniales postnupciales.

IV. *¿Rebobinamos?* El inventario de excesos autonómicos

1. *¿Tolerancia cero con Valencia y permisividad con otras Comunidades Autónomas?*

16. La Sentencia constituye una buena noticia. Y no solamente se declaran inconstitucionales los preceptos impugnados por el Gobierno de la Nación, sino, en aplicación del artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la totalidad de los artículos de la Ley. Inconstitucionalidad por extensión, pues. Pero tan decidida y valiente sentencia ha de interesar tanto por lo que dice como por lo que calla. Dice que habría hecho falta probar la preexistencia de la norma, legal o consuetudinaria, cuando la Constitución de promulgó. Naturalmente. Pero calla algo que no había más remedio que callar, pues el Tribunal no puede ir más allá. Y es que no deja de llamar la atención que Cataluña tenga a día de hoy un Código civil repleto de normas sobre instituciones que ni de lejos formaban parte del Derecho que estaba vivo en ese territorio cuando llegó la Constitución. Ni en ese «acervo normativo o consuetudinario» previo ni en «otra institución civil diferente a la regulada pero conexa con ella» encontrábamos allí normas sobre clases de posesión, o sobre el derecho de retención, o sobre las categorías de bienes o de frutos.

17. Resulta entonces extraordinariamente llamativo que la STC 82/2016, cuando sale al paso de la muy lógica denuncia que formula la Generalitat Valenciana acerca de la diferencia de trato con otras Comunidades Autónomas, diga lo siguiente: «*d) En relación con los conocidos antecedentes históricos que proporcionan el sustrato de legitimidad de la reivindicación y la denuncia que hace la Generalitat Valenciana acerca de su discriminación y desigualdad de trato en comparación con otras Comunidades Autónomas con competencias más amplias en materia de Derecho civil, hemos de aclarar que si han podido asumir esas competencias más amplias es precisamente por cumplir las condiciones establecidas en el art. 149.1.8 CE, recordando en todo caso que la igualdad de trato ex arts. 14 y 139.1 CE no es predicable de las Comunidades Autónomas, ni puede permitir alterar el régimen de distribución de competencias resultante de la CE y del bloque de la constitucionalidad (por todas, STC 20/2013, de 31 de enero, FJ 10)*».

18. No quiero que se enfade ningún colega o amigo, ya sea legislador, asesor de legislador, juez, abogado o profesor de muchas Comunidades Autónomas distintas de la Valenciana si digo que la frase me hizo esbozar algo más que una leve sonrisa: Cataluña, Aragón, Galicia, el País Vasco, y también Castilla y León o Andalucía, han venido cometiendo mastodónticos excesos legislando en Derecho civil durante los últimos veinte años, pero es que en esos territorios –dice ahora el Tribunal Constitucional–, «*si han podido asumir esas competencias más amplias es precisamente por cumplir las condiciones establecidas en el art. 149.1.8 CE*».

19. Con alguna frecuencia he tenido que evacuar alguna consulta que me ha obligado a diferenciar las normas aplicables según sea de aplicación la norma civil de una Comunidad Autónoma, sea de aplicación la de otra, o lo sea, en fin, el Código civil (español, se entiende). Particularmente llamativo es que puedan encontrarse normas sobre Derecho (privado, se entiende también) de consumidores y usuarios que rigen en unos lugares pero en otros no porque, aun teniendo idéntico contenido, han sido declaradas inconstitucionales solamente las de una Comunidad Autónoma pero no las de otra. Por ejemplo, la STC 264/1993, de 22 de julio, ante el recurso planteado por el Gobierno de la nación, declaró contrario a la Constitución el art. 35 de la *Ley de 5 de octubre de 1989, de la Actividad Comercial de Aragón*, que establecía, para las irregularidades derivadas de la venta automática, la responsabilidad solidaria del titular del establecimiento donde se encuentre ubicada la máquina expendedora y del titular de la explotación comercial de la misma. En cambio, el art. 43 de la *Ley 16/2002, de 19 diciembre, de Comercio de Castilla y León* establece exactamente lo mismo, pero nadie ha intentado recurso o cuestión de inconstitucionalidad contra el mismo. ¿Se trata de que preceptos de idéntico contenido son inconstitucionales si los promulgan los aragoneses, pero no si son aprobados por las Cortes castellano-leonesas? Pero supongo que el director de estos *Cuadernos*, mi buen amigo Alfonso L. CALVO CARAVACA, me dirá que esta pregunta no debe formularse –y menos todavía contestarse– en una publicación de esta naturaleza...

20. Nuestro país cuenta con un amplio inventario de normas inconstitucionales en materia de contratos, promulgadas sin competencia para hacerlo por algunas Comunidades Autónomas. Hace unos años tuve que evacuar una consulta interesante: ¿qué se puede hacer con esos vehículos de alta gama que, una vez reparados o mejorados, no pasaban a ser recogidos por las empresas que contrataron la reparación o mejora con los concesionarios? Naturalmente, hubo que contestar que el artículo 1600 del Código civil español confiere el derecho a retener el vehículo mientras no se pague la factura, pero que en el Código civil de Cataluña ese derecho de retención se ha configurado con carácter de pleno derecho real de garantía: el concesionario podría proceder a la ejecución del automóvil, por enajenación directa o por subasta pública notarial, una vez transcurridos dos meses desde la notificación notarial de la decisión de retener hecha a los deudores y a los propietarios sin que se haya producido la oposición judicial (artículo 569-7 del Libro V). Si la norma aplicable a ese contrato de obra es la correspondiente al lugar de celebración del mismo –algo que será lo más normal–, el dueño del coche se puede encontrar con que su propiedad se ha esfumado, que es, en fin, lo que pasa con los objetos pignoralizados cuando las deudas garantizadas con ellos no se cumplen...

21. Conviene, para que la argumentación no resulte más complicada de lo que ya es de por sí el problema planteado, partir de una premisa con la que nos obsequia el propio Tribunal Constitucional y, a continuación, ordenar de manera mínimamente sistemática los excesos autonómicos cometidos.

2. La premisa ofrecida por la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC)

22. La Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 31/2010 de 28 de junio, dice que «*el art. 129 EAC no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino sólo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfectamente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, (...) en la que se comprenda la determinación de su propio sistema de fuentes. Determinación que, como función normativa, sólo puede tener el alcance que es propio de las funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente le reconoce y garantiza el art. 149.1.8 CE*».

23. Las Comunidades Autónomas a las que el precepto constitucional se refiere son las que tenían Derecho foral cuando la Constitución se promulgó, y la competencia legislativa en materia civil de los Parlamentos autonómicos correspondientes se circunscribe, en su extremo más elástico, al desarrollo de las instituciones que constituían ese Derecho propio. Pero lo que no cabe es inventar otras nuevas. Es

decir, el límite de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas no se sitúa en el índice de las Compilaciones Forales ni en el estado que éstas tenían cuando la Constitución se promulgó. Antes bien, las posibilidades han de ser más amplias, y la función de conservación, modificación y desarrollo de que habla la Constitución permite que las Comunidades Autónomas amplíen su Derecho foral allí hasta donde lleguen sus *principios informadores*, aunque se trate de materias que no estaban recogidas en la letra o en los índices de las Compilaciones. Esta fue la tesis mantenida por el maestro Lacruz y seguida en el importantísimo Congreso de Jurisconsultos de 1981, celebrado en Zaragoza. «*Legislar supone innovar*».

24. Pero una cosa es innovar contenidos, actualizando y regulando incluso instituciones conexas, y siempre dentro de esos principios informadores, y otra bien distinta legislar en nuevas instituciones que nunca estuvieron presentes, ni de lejos, en la cultura jurídica específica y singular de Aragón, de Galicia o de Cataluña. Me explicaré con algunos ejemplos:

25. Si en Galicia la Compilación de 1963 regulaba la aparcería pero no el arrendamiento rústico, no es criticable que la Ley gallega se ocupara en 1995 de tal arrendamiento. pero no el arrendamiento rústico, nada impide que el Derecho civil gallego postconstitucional se ocupe con detalle de tal arrendamiento. En la actualidad, de la aparcería se ocupan los arts. 127 y ss. de la Ley 2/2006 de 14 de junio, del Derecho civil de Galicia, y del denominado arrendamiento del lugar acasado, los arts. 119 y ss.

26. Si el art. 278 de la Compilación catalana de 1960 regulaba la incorporación de materiales propios en suelo ajeno, no hay nada que impidiese legislar sobre ése y otros supuestos de accesión, inmobiliaria y mobiliaria. Nada se puede objetar entonces a que la Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la *Accesión y de la Ocupación* estableciera para Cataluña normas que deciden qué hacer cuando una persona efectúa en terreno ajeno plantaciones o cultivos, distinguiendo entre los que se prolongan más allá del año agrícola y los que no tienen habitualmente tanta duración (art. 5), o contuviera preceptos que regulen las construcciones extralimitadas distinguiendo los casos en que el valor del suelo invadido es superior al de la construcción de los casos en que el valor de lo construido es superior al del suelo (arts. 8 y 9). Estos preceptos han ido a desembocar en los actuales arts. 542-1 y ss. del Libro quinto del Código civil de Cataluña.

27. De la misma manera, si dos artículos de aquella Compilación regulaban el usufructo sobre árboles o sobre bosques maderables, desarrollar el Derecho foral supone admitir que la ley establezca normas sobre tales cuestiones (así, arts. 561-25 y ss. del Libro quinto del Código civil catalán), pero también vale que contenga soluciones para el usufructo de dinero (art. 561-33) o de participaciones en fondos de inversión (art. 561-34). En general, el usufructo se regula en su plenitud en los arts. 561-1- y ss.

28. Y otro buen ejemplo de desarrollo correcto es el ocurrido en Cataluña con la servidumbre, institución que tenía una cierta presencia en la Compilación de 1963, pero la suficiente para que se promulgara la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiónes, servidumbres y relaciones de vecindad. Es decir, una ley que reguló las figuras próximas o conexas y hasta las acciones protectoras del derecho en cuestión (ahora presente todo ello en los arts. 566-1 y ss.).

3. La trampa de las instituciones conexas

29. Pero lo que no vale es aprovechar que se está regulando la accesión para, de paso, regular la ocupación (arts. 542-20 y ss.). O que se aproveche que se legisla sobre servidumbre para, de paso, y sin disimulo, regular el derecho de superficie (arts. 564-1 y ss.), y el de opción (arts. 568-8 y ss.), y los de tanteo y retracto (arts. 568-13 y ss.). Y si en la Compilación había un artículo que se limitaba a remitirse al Código civil para todo lo relativo a la tradición de la cosa vendida, no vale regular *ex novo* la tradición como modo de adquirir (arts. 531-2 y ss.). Y como la tradición es habitualmente posesoria, pues ¿por qué

no regular de paso la posesión (arts. 521-1 y ss.)? Y la propiedad (arts. 541-1 y ss.), y las restricciones y limitaciones al derecho de propiedad (arts. 545-1 y ss.). Y el objeto del derecho real, incluida la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles (art. 511-2) o las clases de frutos y la forma de hacerse con ellos (arts. 541-3 y 4). Y la prenda (arts. 569-12 y ss.).

30. Y a veces las instituciones conexas sirven para que el legislador autonómico se limite a desarrollar normas estatales, a veces limitándose a copiarlas. Con semejante procedimiento, no es difícil entender lo que ha sucedido en Aragón con la *Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona*. En ella se contiene –no podía ser de otro modo– el régimen de la mayoría y minoría de edad (naturalmente, con desarrollo de las especialidades que durante siglos existieron en Aragón para el mayor de catorce años o en materia de autoridad familiar –recuérdese que allí no se conocía la patria potestad como la conocemos en el resto de España, y como se encarga de enfatizar el Preámbulo de la ley–) así como el régimen de la incapacidad y de la incapacitación, de la ausencia legal, de las relaciones entre ascendientes y descendientes, de las instituciones tutelares (tutela, curatela y defensor judicial) y fórmulas próximas (guarda de hecho y guarda administrativa sin tutela), y de la Junta de Parientes. Pero el problema es que la ley se encuentra plagada de artículos que se limitan a repetir innecesariamente reglas que ya estaban en el Código civil. Que el aragonés es mayor de edad cuando cumple dieciocho años, que el mayor de edad aragonés es capaz para todos los actos de la vida civil (art. 1), o que para el cómputo de los años se ha de incluir completo el día del nacimiento (art. 8), o que la filiación determina los apellidos (art. 54), o que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma, o que las sentencias de incapacitación deben contener la extensión y límites de la misma (art. 35)... son, en fin, normas que ya contenía el Código civil español o la Ley de Enjuiciamiento Civil.

31. Y lo más importante no es que resulte inútil (y supongo que bastante caro) que haya que crear una comisión de expertos para alumbrar un texto que diga estas cosas, sino que, atribuyéndose un Parlamento autonómico competencia para decirlas, no habrá forma de evitar que en un futuro se terminen aprobando normas que digan cosas distintas. Y quejarse entonces ya no tendrá remedio. ¿Qué hacer, por ejemplo, si en una Comunidad Autónoma se aprobara que del cargo de tutor se puede uno excusar aunque no concurra una causa justificada de excusa? ¿Qué diríamos si en vez de copiarse el Código para decir que la curatela no es un mecanismo de representación sino de asistencia para los actos que el sometido a ella no puede realizar por sí solo (art. 135), esta nueva ley aragonesa hubiera conferido al curador la plena condición de representante legal? ¿Y si de repente deciden que en Aragón la mayoría de edad no se alcance antes de cumplirse los veinticinco años?

32. Y no faltan tampoco en esta Ley de Derecho de la persona algunas normas que, al tener reserva de ley orgánica, tendrían muy dudosa justificación constitucional. Así, ¿qué se puede hacer con las Leyes Orgánicas 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Jurisdiccional del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen o de Protección Jurídica del Menor (1996) cuando una ley autonómica como ésta incide en el régimen de las intromisiones ilegítimas en el honor o la intimidad de los menores de edad (art. 17)? ¿Acaso van a poder ahora las Comunidades Autónomas dictar o modificar leyes orgánicas?

4. ¿«Allí donde existan» o «allí donde hayan existido»?

33. Estas páginas las estoy dedicando al período «allí donde existan» y a su significado. Y no se piense que estas reflexiones tienen a la Comunidad Valenciana como único exponente. Lo que ha sucedido en el País Vasco es verdaderamente curioso, pues, si lo que el constituyente quiso decir es que la Comunidad Autónoma puede desarrollar el Derecho foral o especial allí donde el mismo exista (esto es, allí donde se viniera aplicando cuando la Constitución se promulgó), la *Ley 3/1992 de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco* prefirió entender que la expresión «allí donde existan» permite extender el Derecho foral vigente en una determinada zona de una Comunidad Autónoma al resto del

territorio de dicha Comunidad. Ahí está, en efecto, el art. 10-1: «*los Municipios en los que rige la legislación civil general podrán optar por la aplicación de este Fuero Civil en todo su término, en virtud de la Concordia de 1630...*». Y el art. 11: «*si a resultas de la voluntad expresada por sus vecinos, con los trámites del artículo anterior, este Fuero en su integridad pasa a regir en el territorio no aforado de una Villa, aquellos, por tal hecho, ganarán de inmediato la vecindad civil foral*».

34. Y es que, como se señala en el Preámbulo de esa ley, la Compilación había dejado sin valor ni alcance la Concordia de 1630, que autorizaba a las Villas de Vizcaya a reclamar la vigencia de la Ley Foral en su territorio y en virtud de la cual los municipios de Elorrio, Bermeo, Ochandio y Areacha se acogieron al fuero, en todo o en parte. Me pregunto: ¿se puede resucitar ahora una norma que en 1610 hablaba de cuatro municipios como pretexto para extender a los naturales de la totalidad del territorio la nueva vecindad civil? Pues parece que sí. Y por si hubiera dudas, la nueva *Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho civil foral del País Vasco* establece en su art. 8 que «*La presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto*».

35. No tendría nada de extraño, por ejemplo, que pronto la Comunidad Autónoma de Extremadura viniese a extender el ámbito de aplicación del Fuero del Baylío, desde los veintitrés pueblos en que rige, a la totalidad de las provincias de Cáceres y Badajoz. Y si «juntamos los estilos» valenciano y vasco en la interpretación de la expresión, tampoco resultaría extraño que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha hiciera uso del Fuero de Cuenca para regular un régimen económico matrimonial para todo el territorio de la Comunidad (toda la provincia de Cuenca y además Guadalajara, Ciudad Real, Toledo y Albacete, pues).

5. Las extralimitaciones oblicuas

36. Hemos vivido un proceso a lo largo y ancho de la geografía española, y particularmente visible en la última década, en el que cualquier pretexto sirve para hablar sin ningún disimulo de las «instituciones conexas». El escenario ha consistido en que, allí donde las Comunidades Autónomas regulan determinadas cuestiones que son básicamente *de Derecho público* y que, según la Constitución, les corresponde a ellas regular (turismo, comercio interior, caza, cultura, medio ambiente, reforma agraria, asistencia social, urbanismo y vivienda, etc.), han aprovechado, de paso, para abordar en la regulación cuestiones de estricto *Derecho civil*. La deliberada confusión entre las dimensiones vertical y horizontal del Derecho es muy visible (es decir, la utilización de un título competencial autonómico del art. 148 CE para hacerlo jugar *inter privados*), y valgan solamente algunos ejemplos:

37. Es así que los Parlamentos Autonómicos pueden y deben legislar en materia de atención y protección de menores desamparados, pues entonces se aprovecha desde Aragón para regular los requisitos de la adopción, aunque su Derecho foral de familia no contuviera ninguna regulación específica de la filiación cuando la Constitución se promulgó. Y ello, con la bendición del TC (STC 88/1993, de 12 de marzo).

38. Es así que se legisla en materia de ordenación del comercio minorista, pues entonces se aprovecha para incluir en la regulación determinados preceptos sobre la oferta de contrato.

39. Es así que existe competencia autonómica en materia de turismo, pues entonces se regula también el régimen de determinados aspectos de los contratos por los que se constituye determinado derecho de aprovechamiento turístico a tiempo compartido.

40. Es así que hay que regular la actividad de la caza (licencias, terrenos cinegéticos, etc.), pues regulemos también la responsabilidad civil. Y así sucesivamente.

41. A veces el Tribunal Constitucional ha puesto las cosas en su sitio, como pasó con la STC de 1993 antes mencionada (*supra*, nº 19) que declaró contrario a la Constitución un precepto de la *Ley de la Actividad Comercial de Aragón*, sobre responsabilidad por las irregularidades derivadas de la venta automática. Curiosamente, en la *Ley de comercio de Castilla y León* se establece exactamente lo mismo, pero nadie ha intentado recurso de inconstitucionalidad contra el mismo.

42. Particularmente caótico es el resultado que ofrece el régimen de responsabilidad civil por los daños causados por las especies cinegéticas cuando irrumpen en una carretera y provocan un accidente de tráfico. Sucede que la Ley de Caza estatal (Ley 1/1970, de 4 de abril) hace responsables a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, y subsidiariamente, a los propietarios de los terrenos (art. 33.1). Pero si se revisa toda la legislación autonómica, resulta, por ejemplo, que esa responsabilidad subsidiaria no aparece en la Ley 8/1990, de 21 de diciembre, de Extremadura, como tampoco en la de Castilla y León (Ley 4/1996, de 12 de julio); que la responsabilidad del dueño de los terrenos no cinegéticos aparece solamente en la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Aragón (art. 71.3), pero en el único artículo que la ley cántabra dedica a este tipo de responsabilidad civil (art. 63.1 de la Ley 12/2006, de 17 de julio), se dice que en relación con esos terrenos habrá que estar «a lo dispuesto en la legislación civil» (¿es que acaso no es legislación civil la contenida en ese artículo?), en tanto que la ley riojana hace responsable a la Comunidad Autónoma (art. 13, pº 2º de la Ley 9/1998, de 2 de julio). Mientras tanto, la norma navarra añade un dato enterneador, al establecer que el titular del aprovechamiento del coto no será responsable si los daños causados por la fauna se producen mientras la misma «se comporte naturalmente, deambule libremente o no estuviera siendo inquietada o perseguida» (art. 35.1 del Decreto Foral 390/1993, de 27 de diciembre).

43. Además, y por si éramos pocos, en la Ley de Tráfico y Seguridad Vial de 2005 (reformada después en 2014, y recuérdese que la competencia en esta materia sí es estatal) se limitó la responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos a los casos de accidentes debidos directamente a la acción de cazar (Disposición Adicional novena de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, modificada por la 17/2005, de 19 julio, de Circulación Urbana e Interurbana). Se hace difícil digerir el contrasentido de una competencia sobre la actividad de la caza que se hace residir en las Comunidades Autónomas para a continuación ser hurtada y recuperada por el Estado en la Ley de tráfico, que entra a gobernar la responsabilidad por el accidente de tráfico debido precisamente a la acción de cazar. A veces he dicho que, si se emprende un viaje por las provincias limítrofes con Portugal, si a uno le tiene que saltar un ciervo a la calzada, mejor será que no se trate de un ciervo extremeño. Mejor que sea salmantino, porque en Extremadura, la Junta puede ser tomadora de una póliza de seguro de responsabilidad civil (art. 74.3 de la Ley extremeña correspondiente), pero en Castilla y León es obligatorio que lo haga (art. 12.2 de la Ley 4/1996).

44. Otro buen escenario es el de las doce leyes de parejas no casadas que tenemos en nuestro país, dictadas al abrigo de competencias evanescentes, como es la derivada de que son todos los poderes públicos los que deben procurar protección social, económica y jurídica de la familia, para así cumplir con lo dispuesto por el art. 39 CE. Una previsión constitucional de inequívoca dirección vertical: administraciones y ciudadanos. Pero no: las leyes regulan la vida jurídica de la pareja, y cada una tiene previsto un diferente ámbito subjetivo de aplicación, con un resultado realmente patético:

45. Así, las leyes asturiana (Ley 4/2002, de 23 de mayo) y canaria (Ley 5/2003, de 6 de marzo) exigen para ser de aplicación que los dos miembros de la pareja estén empadronados en los respectivos territorios; a la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, le bastaba con que lo esté uno de los dos, aunque con posterioridad, la Ley 5/2012, de 15 de octubre prefirió pedir la vecindad civil de ambos, si bien pudiera ser aplicable también si sólo un miembro de la pareja la tenía y los criterios de resolución de conflictos de leyes del Código civil desembocaran en esa conclusión; las leyes balear (Ley 18/2001, de 19 de diciembre), catalana (Ley 10/1998, de 15 de julio) se aplican cuando al menos uno tiene la vecindad civil correspondiente a cada una; lo mismo pasaba en la Ley Foral 6/2000, de 3 de ju-

lio, de navarra, si bien el art. 2.3 fue declarado inconstitucional por STC 93/2013 de 23 abril por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de normas para resolver los conflictos de leyes; a la Ley 2003/178, de 7 mayo, de la Comunidad del País Vasco, le es suficiente con que uno de los miembros de la pareja tenga vecindad administrativa vasca; la ley andaluza (Ley 5/2002, de 16 de diciembre) se aplica si uno de los dos reside en Andalucía, pero para la extremeña (Ley 5/2003, de 20 de marzo) hace falta que uno de los miembros de la pareja, no solamente resida, sino que esté empadronado allí, lo mismo que pasa en la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid.

46. Pues bien, pensemos por un momento en que el art. 34 de la ley catalana estuvo atribuyendo derechos en la sucesión intestada al otro miembro de la pareja, pero siempre que se trate de una pareja de homosexuales. Ello ha sido así hasta que la *Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones*, derogó la diferencia de trato. Hasta entonces, no había allí previstos derechos sucesorios abintestato en la pareja estable heterosexual: si sus miembros querían tener derechos hereditarios, debían otorgar testamento o casarse. Desde luego, la discriminación pasó a carecer de razón de ser desde el momento en que en España se permitió el matrimonio de personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio), pero, durante el tiempo de vigencia de ese art. 34 de la Ley de Uniones Estables de Pareja, ¿qué pasaba si él era de Tudela y ella de Esplugues de Llobregat? ¿Ley navarra o ley catalana? Sabemos que con arreglo al Código civil la ley que rige la sucesión ha de ser la ley personal del causante (art. 9.1), y también es claro que las normas sobre conflictos de leyes son, por fortuna, una de las competencias claramente reservadas al Estado en el art. 149.1.8ª. Pero no me extrañaría nada que algún pleito haya tenido lugar porque el supérstite alegó la ley autonómica diferente a la del causante que permite llamar a la sucesión a unos o a otros.

47. Y por otra parte, eso de que la competencia que atribuye a las Administraciones autonómicas las políticas de protección de las familias permite también organizar el régimen jurídico privado de la pareja trae consigo que haya Comunidades Autónomas que han dictado leyes inconstitucionales por triple concepto. Primero, porque «estas normas autonómicas sobre materia civil carecen de todo respaldo, tanto constitucional, como autonómico»⁷. Segundo, porque al convertir la dirección vertical con la horizontal de la competencia, no se limitan a prever cuestiones sobre acreditación de la convivencia como presupuesto de su aplicación, o sobre pensiones de viudedad, o sobre las actuaciones de las Administraciones públicas en el ámbito del empleo público, sino que irrumpen de lleno en los aspectos de Derecho privado, pasando a regular el régimen sucesorio, la atribución de la vivienda familiar, las compensaciones económicas en caso de ruptura, etc. Y tercero, porque a veces hasta se permitan el lujo de discriminar negativamente al matrimonio.

48. En efecto, en la *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia*, una sorprendente disposición adicional tercera no se limita a equiparar al matrimonio las aquellas relaciones maritales capaces de ser consideradas como pareja de hecho para concretos y determinados efectos legales (pensiones de viudedad, tratamiento sucesorio, derechos de subrogación mortis causa en el arrendamiento urbano, etc.). Antes bien, la equiparación es total y absoluta: «a los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extienden, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges». Naturalmente, una genérica remisión a los efectos previstos «en la presente ley», cuando ésta no tiene el propósito de regular una ni dos instituciones, sino todo un sistema de Derecho civil, es realmente mucha remisión. Supone, por ejemplo, que, al no tener previsto la pareja un régimen económico –porque si lo tuvieran previsto, lo más seguro es que no fueran simple pareja de hecho–, se les aplicaría el de gananciales por ser el régimen previsto como común y supletorio en el artículo 171.

⁷ Así, R. BERCOVITZ, “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 17, 2003, págs. 69 y ss., donde se habla de la flagrante inconstitucionalidad.

49. Semejante norma se debió curiosamente a una enmienda planteada por el Partido Popular gallego. Da la impresión de que los parlamentarios gallegos compitieron para saber quién era más *progre*, y el resultado es absolutamente increíble. Un matrimonio en el que ni siquiera hace falta consentimiento libre y expreso. Casados por sorpresa. Por lo militar. Y sin banquete ni regalos. Un matrimonio que, probablemente, sin quererlo, coloca a Galicia en la época anterior al Concilio de Trento, casi medio milenio después de que incluso el ordenamiento escocés haya claudicado de sus tradiciones, pasando a considerar a la forma del matrimonio como requisito esencial⁸. Y sobre todo, una norma que pasa por alto que a lo mejor hay parejas que, no es que no se hayan planteado ningún extremo acerca de si les conviene o no ser equiparadas con los matrimonios, sino que incluso puede que directamente no lo deseen. Por ello, hay que felicitar a que el legislador gallego terminara cayendo en la cuenta, aunque fuera algo más de un año después, de que convenía matizar un poco las cosas. En efecto, la *Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio*, expresa en su Exposición de Motivos que «*no fue intención del legislador establecer la equiparación ope legis de quienes no desearan ser equiparados*», y que «*se quería preceptuar con claridad en el texto la concurrencia necesaria y acumulativa de dos requerimientos para que pudiera introducirse dicha equiparación: de un lado, que los miembros de la unión expresasen su voluntad de equiparación al matrimonio, y de otro, que acreditasen un tiempo mínimo de convivencia estable*».

50. Si es verdad que se quería preceptuar con claridad la necesidad de los dos requisitos, no se podía haber hecho peor. Sonroja entonces seguir leyendo la explicación, que además tiene aspecto de auténtica *excusatio non petita*, a tenor de la cual, en el texto aprobado en 2006, «*la redacción de la disposición adicional tercera aprobada por el Parlamento de Galicia podría no reflejar la auténtica voluntad del legislador*», y es ésa la razón por la que, manteniéndose la redacción anterior como primer apartado, se añaden varios apartados en la mentada disposición adicional, exigiéndose en el nº 2 la inscripción en el registro y la efectiva expresión de voluntad de ser equiparados:

«2. *Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio*».⁹

51. De no ser porque me parece extremadamente dudosa la competencia misma de la Comunidad de Galicia para dictar norma alguna en materia de régimen civil de la pareja no casada, mostraría mi plena satisfacción por esta reciente modificación de lo que fue la aprobación de una norma frívola, fruto de la improvisación y muy poco meditada.

52. Y ello, aunque ahora viene la segunda parte. La ley gallega pide lo que no pide ninguna de las diez restantes leyes autonómicas en materia de parejas no casadas: no basta que sus miembros se inscriban como pareja en el Registro correspondiente, sino que han de expresar su voluntad de ser tratados como matrimonio. ¿Habrá alguien en los registros gallegos encargado de contarles que con la equiparación al matrimonio no todo son derechos? Hoy por hoy, como ningún legislador autonómico ha querido dictar leyes que pudieran resultar impopulares, resulta que las leyes de parejas de hecho se limitan a efectuar equiparaciones sólo en el terreno de las ventajas y no en el de las obligaciones que conlleva el estado civil de casado. Es mérito de la profesora CUENA CASAS haber llevado a cabo un análisis pormenorizado sobre cuáles son esos inconvenientes, y ahí van dos de los ejemplos que propone para demostrar la flagrante discriminación en contra del matrimonio¹⁰:

⁸ ARECHEDERRA ARANZADI, *Los matrimonios irregulares en Escocia*, ed. Dykinson, Madrid, 2004.

⁹ El precepto añade una relación de los impedimentos para la constitución de la pareja (de parentesco y de vínculo), y la innecesaria referencia a la posibilidad de pactos que rijan la economía de la pareja, a fin de evitar que la manifestación de desear ser equiparados al matrimonio signifique, necesariamente y en todo caso, la aplicación del régimen económico matrimonial supletorio.

¹⁰ CUENA CASAS, «Uniones de hecho y abuso del derecho. acerca de la discriminación en contra del matrimonio», *Diario La Ley*, 15 de marzo de 2005.

- a) Según establece el Código civil, se presume matrimonial al hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges, pero al hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a que una pareja de hecho se disuelva, la ley no le presume hijo de nadie (salvo en Cataluña, por cierto).
- b) Con arreglo al Código civil, un testador puede imponer a su consorte, como condición para heredarle, que no se vuelva a casar: si el viudo se casara, perdería lo heredado. La solución de no casarse pero sí constituir pareja de hecho –añado yo– la conoce una famosa tonadillera que estuvo casada con un famoso torero que «algo» le dejó del tercio de libre disposición con la condición de permanecer viuda, y que luego formó pareja de hecho con quien acabó siendo un famoso Alcalde, que acabó en horas bajas y carcelarias.

53. En fin, en su voto particular a la STC 47/1993 de 8 de febrero, el Magistrado Rodríguez Bereijo ponía el dedo en la llaga, cuestionando la constitucionalidad de cualquier ley que, invocando el derecho constitucional a la igualdad ante la Ley y el principio constitucional de protección a la familia, pretenda la equiparación de las uniones de hecho con las uniones matrimoniales *«tan sólo en lo que toca a los beneficios y ventajas que se derivan de su régimen jurídico, pero no en los inconvenientes (cargas y deberes)»*. Con la nueva regulación gallega, pocas serán las parejas estables que, estando bien informadas, quieran acogerse al régimen legal ideado para ellas. Y si esto sucede nos encontraremos al final con los tres colectivos que vaticinaba la profesora CUENA: parejas casadas, parejas no casadas sujetas al régimen de parejas de hecho, y parejas no casadas que no quieren acogerse a dicho régimen. Pero es éste un tema que no procede tratar aquí.

54. Y eso que Galicia, al fin y al cabo, es región foral. Pero veamos lo que sucede en Andalucía. Si en el Código civil el viudo tiene un derecho de predetracción sobre las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, sin que ello se compute en su haber hereditario (art. 1321), en la *Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho*, el sobreviviente también tiene derecho a residir un año en la vivienda (art. 13). Valga un ejemplo: si estaban casados, le dan al viudo los muebles y los cuadros, pero si no lo estaban, no es que haya atribución de titularidad alguna, pero sí un derecho a poseer la vivienda que a lo mejor implica poner en la calle a los niños habidos de un anterior matrimonio de uno de los miembros de la pareja... Así que, puestos a que haya leyes autonómicas que contienen indebidamente normas civiles, a veces hasta se permiten el lujo de discriminar negativamente al matrimonio. En Andalucía el viudo «de hecho» está mucho mejor tratado que el viudo «de derecho».

55. Y mientras escribo estas líneas, ha sucedido que una nueva Sentencia ha negado que pueda haber normas civiles sobre parejas no casadas en la Comunidad Valenciana. En efecto, la STC de 9 de junio de 2016 (recurso núm. 4522/2013) ha utilizado la misma argumentación que se lee en la Sentencia que es objeto de este trabajo: podrán ser conformes con la Constitución los preceptos de la *Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas* que tienen «dimensión vertical» (constitución de la pareja formalizada, prohibiciones, extinción, cancelación de la extinción, función pública, licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar, normas presupuestarias, indemnizaciones, subvenciones, tributos autonómicos, etc.), pues a eso va referido el art. 39 CE cuando compromete a los poderes públicos (a todos) a la protección de la familia; pero es competencia del Estado en aquella Comunidad todo cuanto tiene que ver con el derecho civil, esto es, con los derechos y deberes de los miembros de la pareja en su vida de relación (efectos de la extinción entre las partes, regulación de la convivencia, régimen económico, gastos de la unión, alimentos, vivienda y ajuar, responsabilidad, representación, régimen sucesorio, etc.). Desde luego, que la Generalitat alegara que había normas consuetudinarias previas y vigentes en 1978 al respecto (la costumbre testamentaria *«de l'une per l'altre»* o el fideicomiso foral) parecía casi de chiste. Y tampoco existe competencia autonómica para hacer depender el ámbito de aplicación de la ley de la vecindad civil de las partes, pues ello vulnera la competencia del Estado en materia de normas para resolver los conflictos de leyes.

56. Y nada tengo que objetar a esta nueva Sentencia. Pero entiendo el malestar de muchos juristas valencianos, pues el resultado es que en Andalucía una ley sobre parejas no casadas sí puede contener normas de naturaleza sucesoria, pero en la Comunidad valenciana no puede haber ninguna. Eso sí, hay que decir para mitigar estas discriminaciones que el Tribunal Constitucional, en materia de parejas de hecho, había declarado contrarios a la Constitución determinados artículos de la ley de Madrid y también de la ley de Navarra (*vid supra*, nº 45, para la concreta identificación de ambas). La STC 81/2013, de 11 de abril, decidió la inconstitucionalidad de determinados artículos de la ley madrileña por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia civil, ya que contenían normas sobre pactos suscritos por la pareja dirigidos a regir sus relaciones personales, económicas y patrimoniales. Y pocos días después, la STC 93/2013 de 23 abril declaró también que concretos preceptos de la ley navarra transgredían la competencia del Estado en materia de resolución de los conflictos de leyes.

6. Las extralimitaciones *frontales*

57. Finalmente, y junto a las razones de inconstitucionalidad basadas en la invención de «instituciones conexas», ya sea conexas a otra institución civil, ya sea por derivación hacia el terreno civil de una competencia de orden administrativo, no han faltado, por último, las inconstitucionalidades clamorosas y flagrantes, es decir, las que entran de lleno también en la lista cerrada de competencias atribuidas al Estado por la Constitución española.

58. La Constitución reserva al Estado la «ordenación de los registros e instrumentos públicos», pero el Parlamento de las Islas Baleares se permitió incidir de manera directa en el otorgamiento notarial del testamento para suprimir la intervención de los testigos, con el débil argumento de que el otorgamiento de un testamento ante Notario no es tema de Derecho notarial reservado al Estado, sino tema de Derecho sucesorio, en el cual, por lo tanto, podía entrar el legislador autonómico. Débil argumento, pero que no le pareció tan débil al TC cuando en STC de 1993 declaró conforme a la Constitución esa normativa balear.

59. Al Estado se reserva también el régimen de «bases de las obligaciones contractuales», pero ley catalana ideó en 1991 un derecho de retención configurado como derecho real, oponible como tal frente a terceros y con posibilidades de ejecución de la cosa retenida. A ello me he referido *supra*, nº 20. Cuando viene al caso, me gusta contar a mis alumnos una especie de parábola. Es la fábula de Ambrosio, un imaginario industrial malagueño que se fue de vacaciones a la Costa Brava desde Fuengirola, recorriendo la autopista del Mediterráneo de principio a fin. Disfrutaban él, su mujer y sus dos pequeñas hijas de una mañana de sol en Cadaqués tras haber dado buena cuenta de unas anchoas de L'Escala y una escalibada sobresaliente, pero todo se truncó en un cruce de calles a la salida del pueblo tan querido de Salvador Dalí. El accidente fue leve, sólo trajo daños materiales, pero la historia a que dio lugar no la habría podido imaginar ni aquel genio del surrealismo. La pelea entre las dos compañías de seguros determinó que el mecánico, para cobrar el arreglo del automóvil (4.500 euros), ejercitara un derecho de retención que en Cataluña está configurado desde 1991 con plenas facultades ejecutivas (ahora, art. 569-7 del Libro quinto del Código civil catalán: subasta notarial o incluso enajenación directa), así que el coche se vendió en subasta y Ambrosio se quedó sin él. Con razón estaba el taller en la calle Monturiol, cerca del número 20, donde un 11 de mayo de 1904 viera la luz el admirado artista.

60. Caigamos en la cuenta, en fin, de la gravedad de la situación: ¿no es acaso el derecho de retención, configurado desde Roma como mera facultad de retención posesoria, una de esas bases de las obligaciones contractuales («*melius est possidere quam in personam experiri*»: «*mejor es retener que tener que pedir*»)? Si no es el derecho de retención una de las bases de las obligaciones contractuales (como tales, reservadas al Estado), y una Comunidad Autónoma puede convertir el derecho de retención en verdadero derecho de prenda, imagino que también podrá darle carácter de comiso privado o de algo peor. Figúrese mi amable lector el panorama que se abre, o la panoplia de posibilidades, teniendo en cuenta que Ambrosio atravesó en su viaje cuatro Comunidades Autónomas. Si el accidente le ocurre

saliendo de Málaga, el mecánico no devuelve el coche hasta que le paguen el arreglo. Si le ocurre en Cataluña, el mecánico lo subasta para cobrarse, o lo vende directamente. Pero podría suceder que si le ocurriese en Murcia, el mecánico se lo quedase para él, o que si sucediera en Alicante, a Ambrosio se lo devolvieran pintado de otro color. Son sólo dos bromas, en fin...

61. Y puedo asegurar que la fábula solamente lo es en parte. Hace unos años recibí una consulta profesional de una conocida empresa dedicada al arrendamiento de automóviles a quien la discusión acerca unos desproporcionados gastos de transporte del coche averiado le estaba poniendo ante la tesitura de perder la propiedad del vehículo. Éste había sido transportado desde un punto de la Autopista del Mediterráneo ubicado en la provincia de Castellón hasta el Aeropuerto de Barcelona, y seguramente tales gastos encontrarían en el Código civil para el transportista una simple facultad de retención posesoria en cuanto gastos necesarios (art. 453, pº 1º), además de, en su caso, un crédito privilegiado (art. 1922.4º), pero nada más. Pues bien, aunque la ley aplicable seguía siendo la del lugar de celebración del contrato (la ley común y no la catalana, por lo mismo), las advertencias que se le estaban haciendo llegar por la empresa de grúas contenían una referencia al art. 569.2 del Código civil de Cataluña, donde tan singular derecho de retención comprende también la referida facultad de realización del valor del bien

62. Al Estado le quedan reservadas igualmente las «reglas sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas», pero el Libro Primero del Código civil de Cataluña contiene normas sobre interpretación de las normas (art. 111-2), sobre autonomía de la voluntad (art. 111-6), sobre las doctrinas de la buena fe y de los actos propios (arts. 111.7 y 111.8), o sobre la equidad (art. 111-9). Habría sido interesante conocer la postura del Tribunal Constitucional, pero el recurso planteado por el Gobierno de la Nación fue retirado por la Abogacía del Estado tan pronto como en 2004 las elecciones trajeron un Gobierno de distinto signo que necesitaba pactar cosas con Esquerra Republicana. Debo decir que eso de que, una vez planteado un recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno, el recurso se retira por el propio Gobierno porque éste cambia de signo como resultado de unas elecciones generales, ha sido una obscenidad que han practicado todos los Gobiernos que ha conocido la democracia española.

7. ¿Una batalla perdida?

63. En resumen: hay extralimitaciones que consisten en inventarse instituciones conexas que en realidad son instituciones nuevas; hay extralimitaciones de Comunidades Autónomas que no pueden legislar en materia de Derecho civil; hay extralimitaciones oblicuas que confunden la dimensión vertical del Derecho con la horizontal y hay hasta extralimitaciones frontales que chocan contra la lista de materias expresamente reservadas al Estado en la Constitución. ¿Es esto una batalla perdida?

64. El *Estatut*, en la Propuesta inicial del Parlamento catalán –antes, por tanto, de que las Cortes Generales llevaran a cabo una visible poda competencial que, en lo que al Derecho civil se refiere, ha sido más aparente que real–, se atribuía a la Generalitat competencias legislativas en materia de arrendamientos urbanos, propiedad horizontal, responsabilidad civil extracontractual o secreto profesional. Se reservaba a la Comunidad Autónoma nada menos que la definición del término «consumidor» (y el de «consumidora» también, pues no supieron en el *Parlament* sustraerse a la horterada al uso propia de cualquier legislador español). ¿Puede alguien imaginar lo que le sucedería a la unidad de mercado si una Comunidad Autónoma decidiera que para ser consumidor o usuario no hace falta ser destinatario final del producto o servicio? Que pudiera entonces invocar los dos años de garantía de la venta de bienes de consumo quien en el resto del Estado no lo puede hacer (vgr., el laboratorio farmacéutico que compra una máquina para fabricar determinados comprimidos que luego se destinarán a los consumidores)?

65. Y quede claro que mi crítica a los excesos autonómicos no lo es necesariamente a la calidad intrínseca de las normas civiles dictadas por unas u otras Comunidades Autónomas. Antes bien, una virtud fundamental se da cita, en general, en tales leyes. Todas tratan de responder a las necesidades del tiempo

presente, frente a un CC que, en lo sustancial, parece inamovible. Pensemos, por utilizar un ejemplo que no sea el catalán, en el nuevo sistema de legítimas previsto en la ley gallega, en el que los descendientes, frente al 66% que tenían antes en virtud de la remisión que se hacía al Código civil, han visto ahora reducida su porción al 25 por 100 del haber hereditario líquido. Buena idea. Decía el maestro LACRUZ BERDEJO que el Código civil español, como *hijo de su tiempo*, es el Código de una España cuya población vivía en sus cuatro quintas partes alejada de las grandes ciudades, el Código del consenso liberal-conservador, el Código que ignoraba los núcleos incipientes de proletariado industrial. Y también era el Código –puede añadirse– de unos españoles que no llegaban a viejos, y que cuando otorgaban testamento, tenían aún niños a su cargo, unos niños a quienes había que proteger de las tentaciones de un padre de familia que a lo mejor habría querido dejar toda su herencia a su esposa, o del viudo que estaba tentado de favorecer en la sucesión sólo a su primo o a una entidad benéfica, o al Ayuntamiento de su pueblo.

66. Hoy en día no hay civilista serio que se aproxime a cualquier tema sucesorio sin haber hecho previamente una toma de partido acerca de la conveniencia de que todo siga como está o de instaurar un modelo sucesorio en el que la libertad de testar contenga unas limitaciones más suaves que las que establece el Código civil. Los hijos de familia ya no abandonan el hogar paterno hasta que no tienen la vida resuelta, muy cumplidos los treinta años, y muchos lo hacen porque ya tienen independencia económica, pero desde luego, siempre dispuestos a llevar a su madre, dos veces a la semana, una bolsa de deportes llena de ropa para lavar y planchar (algo que, además, a muchas les agrada bastante, pues les da la sensación de que *el niño* no se les ha ido del todo). Pues bien, ¿tiene algún sentido que el padre que otorga testamento se encuentre obligado siempre a no disponer libremente de dos tercios de la herencia? ¿Tiene sentido que la ley los tenga previamente adjudicados a su hijo, un futbolista profesional de los buenos o un altísimo cargo directivo de uno de los mayores fabricantes de software, o de una promotora inmobiliaria de las grandes de Marbella?

67. Nuestro país no se merece que cuando hay que reformar el Código civil –esa «buena obra española» a la que se refería Federico DE CASTRO–, la Comisión General de Codificación no reciba encargo alguno para que cumpla con su altísima labor asesora, o que el encargo se reciba, pero luego el trabajo se archive sin más. En fin, que si el legislador estatal continúa instalado en su pereza, no es de extrañar que las Comunidades Autónomas den un paso al frente para hacer ellas los deberes que no hacen los obligados a hacerlos.

68. Cuando comenzó esa *epidemia* de los denominados «Estatutos de Autonomía de nueva generación», el señor Rodríguez Zapatero decía que quienes nos mostrábamos recelosos no entendemos *la España plural*. Pero es que ser *progre* no puede consistir en volver al particularismo jurídico medieval. Claro, que como parece que todos quieren jugar a ver quien presenta propuestas más *retroprogresistas*, ahí tuvimos el disparate ideado por el Parlamento gallego a propuesta del Partido Popular y al que se sumaron todas sus Señorías. Como relaté *supra*, nº 48 a 53, y aunque después de un año se modificó la ley, en su versión inicial la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 arrojaba como resultado que, por ejemplo, esas dos personas que llevaban conviviendo un año, al no haber pactado nada sobre régimen económico, tenían su economía de pareja gobernada por el régimen de gananciales. Un matrimonio, en fin, en el que ya ni siquiera hace falta consentimiento libre y expreso. Casados por sorpresa. Ni por lo civil ni por lo canónico. Por lo militar. Y sin banquete ni regalos. Un matrimonio que colocaba a Galicia en la época anterior al Concilio de Trento, casi medio milenio después de que incluso el ordenamiento escocés hubiera preferido considerar a la forma del matrimonio como requisito esencial.

V. Conclusión

69. Al cierre de este trabajo, como he dicho *supra*, nº 55, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de las normas de derecho civil sobre parejas no casadas de la Comunidad Valenciana, y tal vez mientras apague el ordenador, lo haya hecho ya sobre la tercera

cuestión pendiente en el Derecho civil valenciano: la *Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*.

70. ¿Qué dirá el Tribunal Constitucional cuando se presenten recursos de inconstitucionalidad contra el libro VI del Código civil de Cataluña (cuya elaboración se encuentra ya muy avanzada, por lo que me cuentan) si éste regulara, por ejemplo, los elementos esenciales o la nulidad de los contratos? ¿Y si se regulara la responsabilidad civil extracontractual? ¿Se le contestará al recurrente, haciendo uso de la doctrina de esta STC 82/2016, de 28 de abril, que una producción legislativa semejante no cumple las exigencias del art. 149.1.8ª CE porque la acreditación de la existencia de un régimen propio para cualquier institución civil «*se erige en presupuesto indispensable*»? ¿Y si a algún juez se le ocurriera plantear la inconstitucionalidad de los preceptos de la ley aragonesa de Derecho de la persona (vid. *supra*, nº 30) que se limitan a reproducir artículos de la Constitución vulnerando la doctrina de la STC 162/1996, de 17 de octubre, a cuyo tenor «la reproducción de normas estatales por Leyes Autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades»?

VARIA

EL LITISCONSORCIO PASIVO, LA VALIDEZ DE LA SUMISIÓN
EXPRESA Y LA NOCIÓN DE MATERIA CONTRACTUAL EN EL
SECTOR FINANCIERO: NOTA A LA STJUE DE 20 DE ABRIL DE 2016

JOINDER OF DEFENDANTS, LEGALITY OF A CHOICE-OF-COURT
AGREEMENT AND THE CONCEPT OF MATTERS RELATING TO
A CONTRACT IN THE FINANCIAL AREA: COMMENTARY TO ECJR
20 APRIL 2016

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Prof. visitante lector de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 12.07.2016 / 21.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3264>

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en su sentencia de 20 de abril de 2016 sobre tres de los artículos más controvertidos en la aplicación del Reglamento 44/2001 (actual Reglamento Bruselas I bis). Estas cuestiones son planteadas al Tribunal de Justicia por la Corte de Casación italiana en torno a un procedimiento en materia financiera. El tribunal italiano solicita que se le aclaren básicamente tres aspectos: 1) si el art. 6.1 del Reglamento 44/2001(actual art. 8.1 RBI-bis) debe ser aplicado restrictivamente sólo en el caso de riesgo de resoluciones inconciliables o puede ser utilizado cuando procesalmente convenga al demandante aunar demandas ante un único tribunal; 2) si una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de un Estado miembro recogida en un folleto de emisión de títulos de crédito cumple con los criterios exigidos por el art. 23 del Reglamento Bruselas I. Es más, cabría oponer dicha cláusula recogida en el folleto de emisión a un tercero que adquiere los bonos en el mercado secundario; 3) si una acción judicial dirigida a anular un contrato es “materia contractual” en el sentido del art. 5.1.a R.44/2001(actual art. 7.1.a) RBI-bis).

Palabras clave: competencia judicial internacional, conexión entre demandas, resoluciones inconciliables, sumisión expresa, materia contractual, usos del comercio internacional, bonos ligados a riesgo de crédito.

Abstract: The European Court of Justice has hold in its resolution of 20 April 2016 about three of the most difficult articles to enforce Brussels I Regulation. These questions are formulated by the Italian High Court regarding a financial issue process. The Italian court asked basically about these questions: 1) if art. 6.1 BI can be used in every case the defendant consider it is interesting to join claims or only when there is a risk of irreconcilable judgments; 2) if an agreement conferring jurisdiction is legal according to art. 23 RBI when it is inserted in the prospectus created unilaterally by a bond issuer; 3) if an action addressed to void a contract could be understood as “matters relating to a contract” according to art. 5.1. A) BI.

Keywords: international jurisdiction, related actions, irreconcilable judgments, choice-of-court agreement, matters relating to a contract, usage in international trade, credit linked notes.

Sumario: I. Aproximación inicial. II. Hechos. III. Los problemas jurídicos y sus soluciones. 1. El foro de vinculación procesal del art. 6.1 del RBI: ¿Mera oportunidad o necesidad de resoluciones inconciliables? A. El estado de la cuestión en el Reglamento Bruselas I/Bruselas I-bis. B. Problema Jurídico. C. La solución del TJUE. 2. La validez de una cláusula de sumisión expresa recogida en un folleto de emisión de bonos. A) Aproximación inicial. B) El problema jurídico. C) Su solución. 3. La anulación de un contrato y la restitución del precio como “material contractual” para el art. 5.1.a) RBI. A) Estado de la cuestión y su problemática jurídica. C. La Solución del TJUE.

I. Aproximación inicial

1. El objeto del siguiente trabajo es realizar un comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2016, C-366/13, planteada por *la Corte Suprema di Cassazione italiana*¹. El asunto versa sobre dos demandas interpuestas por compañía italiana (*Profit*) ante tribunales italianos en las que solicita de un lado, la nulidad de un contrato de compra de bonos financieros que adquirió en el mercado secundario y la restitución de las cantidades pagadas contra *Commerzbank* (entidad bancaria alemana) y *Redi* (sociedad inglesa), de otro, reclama daños y perjuicios a su filial (*Profit Holding*) por haberla embarcado en operaciones que la han llevado a la liquidación.

2. Antes de resolver sobre el fondo del asunto, el tribunal italiano necesita resolver su propia competencia, ya que los demandados una de las cuestiones que plantean es la validez de una cláusula de sumisión expresa recogida en el “folleto de emisión” de los bonos a favor de tribunales ingleses. De este modo, el TJUE, debe básicamente resolver sobre la validez de dicha cláusula de prórroga de competencia, sobre la posibilidad de un litisconsorcio pasivo debido a la pluralidad de demandados y en relación a la noción de materia contractual de acuerdo al art. 5.1.a) del *Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, RBI)².

II. Hechos

3. Los hechos que dan lugar al presente litigio podrían quedar resumidos en lo siguiente: en la primavera de 2004, un banco de negocios alemán, *Commerzbank*, emitió unos bonos ligados a riesgo de crédito³. Estos bonos también conocidos como *bonos indexados a un riesgo de crédito* o *credit linked notes* fueron emitidos en el marco de un programa de emisión que podía emitir bonos hasta un importe de 4.000 millones de euros.

4. La base legal y económica de estos bonos quedaba regulada en un documento denominado “folleto de emisión”. En dicho documento, además de recoger las condiciones de emisión de los bonos, se establecía una cláusula de competencia. Es decir, en dicho folleto de emisión se atribuía competencia judicial internacional a los tribunales ingleses para la resolución de cualquier litigio derivado de los títulos o que tuvieran alguna vinculación con los mismos.

5. Después de la emisión, los bonos fluyeron por mercados financieros primarios y secundarios, las personas físicas y jurídicas relacionadas con los bonos se fueron sucediendo, por lo que las controversias no tardaron en aparecer. En concreto la que a continuación se recoge:

En octubre de 2004, de acuerdo al programa de emisión, *Commerzbank* comercializó bonos por un valor de 2.300.000 euros y se vincularon a la empresa *E3*, con sede social en Luxemburgo.

Ese mismo mes, *Profit*, con sede social en Italia, adquiere a través de un intermediario financiero —*Redi*, con sede social en Reino Unido— bonos por valor de 1.100.000 euros. Del mismo modo lo hizo *Profit Holding*, matriz de *Profit*, también con sede social en Italia- que adquirió bonos por valor de 1.200.000 euros.

¹ STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282.

² DO L 12, de 16 de enero de 2001.

³ Los bonos ligados a riesgo de crédito son instrumentos financieros derivados. Es decir, el valor de los títulos se deriva de la evolución de los precios de otro activo, denominado “activo subyacente”. Éste activo podría ser una acción, una cesta de acciones, materia primas o una renta fija como es el caso de los bonos que dan lugar al asunto objeto de comentario. Este tipo de títulos, los *credit linked notes*, están referenciados a un índice, de este modo, el rendimiento financiero del bono se vincula a la evolución de una determinada magnitud macroeconómica. Para un mayor detalle sobre el Derecho financiero y estos instrumentos financieros en particular *vid.* T. BONNEAU/F.DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3ª ed, Economica, Paris, 2010; P.DERLEDER/K.O.KNOPS/H.G. BAMBERGER, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2ª ed., Springer, 2008, Springer; F. ZUNZUNEGUI PASTOR, *Derecho del mercado financiero*, 3ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2005.

Llegado el momento de la ejecución de las obligaciones, o lo que es lo mismo, del pago de un tramo de intereses, E3 no cumple y se declara insolvente. Estos hechos obligaron a *Commerzbank* a cancelar los *credit linked notes* y a entregar a *Profit* los títulos correspondientes de E3. Esta situación puso a *Profit* entre las cuerdas, ya que la sociedad tuvo que liquidarse forzosamente.

6. Ante estos acontecimientos, *Profit* interpuso dos demandas ante tribunales italianos, en concreto ante los tribunales de Milán. La primera de ellas dirigida contra *Commerzbank*, su matriz *Profit Holding*, dos personas del consejo de dirección de esta última, *Redi*, E3 y un socio de ésta. En base a los hechos acaecidos, *Profit* pretende que se declare nula la operación que dio lugar a la adquisición de los bonos para que así le restituyan el importe abonado.

La segunda demanda iba dirigida de forma solidaria contra *Redi*, los máximos responsables de *Profit Holding* y el Sr. Fiore, socio de E3. Esta demanda solicitaba la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de no haber cumplido con los principios de buena gestión empresarial (art. 2497 CC italiano) y haber llevado a cabo transacciones que han acabado en un daño injustificado para *Profit*.

7. Como consecuencia de que las demandas se interpusieron en Italia, *Commerzbank* junto con el Sr. Ossi, miembro del Consejo de Administración de *Profit Holding*, impugnaron la competencia del tribunal italiano. Esto dio lugar a que la *Corte Suprema di Cassazione* tuviera que decidir sobre el conflicto de competencia, pero en el curso de dicha misión se le plantearon tres cuestiones relativas al RBI que necesitaba que el Tribunal de Justicia le aclarase antes de resolver.

8. El problema jurídico que plantea este asunto no es otro que de competencia judicial internacional. El alto tribunal italiano tiene claro que es competente para conocer de la acción por daños y perjuicios contra *Profit Holding*, el Sr. Ossi —Director General de *Profit Holding*—, el Sr. Magli —miembro del Consejo de Administración de *Profit Holding*— ya que el domicilio de todos ellos se encuentra en Italia. El problema surge respecto a la demanda que tiene como fin anular las operaciones que dieron lugar a la adquisición de los bonos ya que va dirigida contra *Redi* y *Commerzbank*, ambas sociedades domiciliadas fuera de Italia. Así, para poder resolver el conflicto de competencia necesitaba resolver previamente varias cuestiones:

9. 1º) Debido a la interposición de dos demandas, es necesario determinar si existe una relación estrecha entre ambas en el sentido del art. 6.1 del RBI. Esta cuestión es importante para el tribunal italiano, ya que en el caso de que dicha relación entre ambas acciones existiera, el tribunal italiano que se declarara competente para conocer de la indemnización por daños y perjuicios también podría declararse competente para conocer de la acción que persigue la nulidad de las operaciones y la restitución del precio pagado por los bonos. Esta cuestión que se plantea el tribunal italiano no es otra que sí en virtud de los datos del caso sería posible la activación del foro especial de vinculación procesal del art. 6.1 RBI para que así un tribunal italiano pueda conocer de ambas demandas en único proceso.

10. 2º) La segunda cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) es en relación a la cláusula de sumisión expresa a favor de tribunales ingleses recogida en el folleto de emisión de los bonos. El tribunal italiano quiere saber: a) si el requisito de forma escrita exigido por el art. 23.1.a) RBI se cumple; b) si puede oponerse dicha cláusula de sumisión a *Profit*, tercero que adquirió los bonos en el mercado secundario; c) si se podría entender que dicha forma se adapta a los “usos del comercio internacional” de acuerdo a lo establecido en el art. 23.1.c) RBI. En definitiva, el tribunal italiano se pregunta por la validez de una cláusula de sumisión expresa recogida en un folleto de emisión de bonos.

11. 3º) La tercera cuestión íntimamente relacionada con las anteriores solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si la acción de nulidad y restitución de los importes abonados puede considerarse “material contractual” en el sentido del art. 5.1.a) RBI.

III. Los problemas jurídicos y sus soluciones

1. El foro de vinculación procesal del art. 6.1 del RBI: ¿Mera oportunidad o necesidad de resoluciones inconciliables?

A) El estado de la cuestión en el Reglamento Bruselas I/Bruselas I-bis

12. El art. 6.1 del R. 44/2001 es la norma de competencia judicial internacional que permite aunar demandas contra varios demandados en un único Estado⁴. Este foro actualmente recogido en el art. 8.1 del *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* (en adelante, RBI-bis)⁵, permite al actor que tiene pensado interponer varias demandas contra diferentes demandados interponer una única acción contra todos ellos ante un único tribunal, el del domicilio de cualquiera de ellos⁶. Este foro no permite otra cosa que llevar a cabo un litisconsorcio pasivo. Se podría decir que este foro ha resultado vinculado especialmente a determinadas materias como las que tienen relación con los mercados financieros⁷ y los derechos de propiedad industrial e intelectual⁸. Las notas características de este foro son las que siguen:

- a) *Foro especial*. Este foro está en la categoría de los denominados especiales por razón de la materia. Así, decaería ante pacto de sumisión expresa válido⁹.
- b) *Foro opcional*. La elección de agrupación de demandas ante un único tribunal no es una obligación para el demandante, es una alternativa más que ofrece el Reglamento. El hecho de que puedan existir resoluciones inconciliables es el precio a pagar debido a las diferencias que existen entre los derechos materiales de los Estados miembros¹⁰.
- c) *Las demandas y los demandados deben guardar vinculación entre sí*. Las demandas deben estar vinculadas, deben tener conexión. Según el TJUE tal vinculación entre demandas existe cuando es necesario tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo, ya que de lo contrario, se podría dar lugar a resoluciones inconciliables¹¹. Dicha relación estrecha debe apreciarse en un momento procesal concreto, al interponer las acciones¹². Es decir, la aplicación del art. 6.1 RBI/art. 8.1 RBI-bis es restrictiva, está condicionada a la conexión entre las demandas y también conexión entre los demandados. Es decir, entre los demandados debe existir una vinculación

⁴ Sobre el art. 6 RBI/art. 8 RBI-bis *vid.*, sin carácter exhaustivo: A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. I, décimo cuarta ed., 2014, pp. 249-252; *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 290-294; E. D'ALESSANDRO, *La connessione Tra Controversie Transnazionali*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2009; P. MANKOWSKI, "Verdrängt das europäische Internationale Arbeitsprozessrecht (Art. 18(2)1 EuGVVO) auch den Gerichtsstand der Streitgenossenschaft aus Art. 6 Nr.1 EuGVVO?", *euZA*, 2008, pp. 104 y ss.; H. MUIR WATT, "Article 8", en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 369-405; M. VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 211-216.

⁵ DOUE L 351/1, de 20 de noviembre de 2012.

⁶ STJCE de 27 de septiembre de 1998, *Kalfelis*, as. 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565; STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-90/06, *Rec.* 2007, p. I-08319.

⁷ STJUE de 16 de mayo de 2013, *Melzer*, C-288/11, ECLI:EU:C:2013:305, apartado 39.

⁸ STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-90/06, *Rec.* 2007, p. I-08319; STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798.

⁹ STJCE de 9 de noviembre de 1978, *Meeth*, as. 23/78, *Rec.* 1978, p. 00597, apartado 5.

¹⁰ *Vid.* H. MUIR WATT, "Article 8", en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, p. 373.

¹¹ STJCE de 27 de septiembre de 1998, *Kalfelis*, as. 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565, apartado 12.

¹² STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-90/06, *Rec.* 2007, p. I-08319, apartado 54. Si el demandado cambiara su domicilio a lo largo del procedimiento sería indiferente en lo que al art.6 RBI/art.8 RBI-bis respecta. Se sigue la regla de *perpetuatio jurisdictionis*. Lo relevante es que el demandado esté domiciliado en dicho Estado al momento de interponer la demanda, es irrelevante si lo está antes o después. La fijación del momento procesal oportuno en el que deben apreciar aspectos como el domicilio del demandado evita, *ad ex.*, la posibilidad de huir de una jurisdicción por el simple hecho de cambiar el domicilio.

jurídica previa. Esta conexión entre los demandados les permite prever la competencia judicial internacional de los tribunales del domicilio de cualquiera de los demandados¹³.

En principio, las demandas no guardan conexión entre sí en el sentido del art. 6 RBI/art. 8 RBI-bis si el Derecho aplicable a los asuntos no coincide, con independencia de que las demandas compartan el mismo objeto y los hechos en los que se basan coincidan¹⁴. Esta situación puede darse en los asuntos en los que se reclama la violación de un derecho de patente en diferentes Estados miembros¹⁵. No obstante, el TJUE ha ido modulando su postura a una menos estricta manteniendo que la aplicación de Leyes diferentes en las distintas pretensiones jurídicas no debe ser *per se* un impedimento para la aplicación del art. 6.1 RBI/art. 8.1 RBI-bis¹⁶. En esa línea, el TJUE también ha afirmado que el hecho de que las demandas presentadas se basen en diferentes fundamentos jurídicos no impide apreciar la conexión que exige el art. 6.1 RBI/art. 8 RBI-bis¹⁷.

- d) *Domicilio de todos los demandados en Estados miembros*. Los demandados deben estar domiciliados en un Estado miembro del Reglamento. En el caso de que alguno carezca de domicilio no es posible activar el foro de vinculación procesal en relación a ese demandado¹⁸. Eso sí, no hay jerarquía entre los domicilios de los demandados, el art. 6.1 RBI/art.8.1 RBI-bis se puede activar en base a cualquier domicilio. Para algunos autores que no haya diferencias entre los domicilios podría dar lugar a fraudes, ya que se podría atraer a una jurisdicción en base a “asuntos menores” demandas que no interesa que sean juzgadas en determinados Estados, que es en realidad donde deberían sustanciarse¹⁹.
- e) *El Derecho procesal del Estado miembro que conoce del asunto es el que determina la existencia de litisconsorcio pasivo*. En el caso de España, se deberá atender a lo dispuesto en el art. 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, el Reglamento Bruselas I, del mismo modo que el RBI-bis, dejan al Derecho procesal de los Estados miembros que determine cuándo según su normativa procesal puede entenderse que existe litisconsorcio pasivo necesario o voluntario, el momento procesal en el que se debe fijar dicha pluralidad o las formas de comparecer y contestar de los demandados²⁰. Pero cuidado, esto no quiere decir que el art. 6.1 del RBI/ art. 8 RBI-bis, dependa para su aplicación de las normas nacionales de los Estados miembros. El TJUE ha sostenido que el art. 6.1 no remite expresamente a ninguna norma nacional, por lo tanto ningún requisito de las Leyes nacionales de los Estados miembros supedita su aplicación²¹. Esta posición puede tener la siguiente consecuencia: el art. 6.1 RBI/art.8 RBI-bis se puede utilizar incluso en los casos en los que la demanda inicial es declarada inadmisibles por las normas nacionales²².

13. En definitiva, el art. 6.1 RBI/art.8.1 RBI-bis es una solución *ex ante* a la conexión que puede existir entre litigios. El Reglamento soluciona de forma diferente la conexión en función de la fase pro-

¹³ STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-90/06, *Rec.* 2007, p. I-08319, apartado 81.

¹⁴ STJCE de 27 de octubre de 1998, *Réunion Européenne*, C-539/03, *Rec.* 2006, p. 5635, apartados 29-31.

¹⁵ Algunos tribunales nacionales no lo han entendido del mismo modo que el Tribunal de Justicia y han considerado que en los casos que afectan a derechos de propiedad industrial e intelectual hay que tener una visión más flexible sobre la conexión entre demandas. Así, han entendido que las demandas puede guardar conexión cuando están basadas en los mismos hechos a pesar de que existan diferencias tanto en el Derecho aplicable como en la base legal en la que se sustenta el asunto. *Ad ex.* sentencia francesa de la Cass. Com 26 février 2013, *Pucci*, nº11-27.139. *Vid.* H. MUIR WATT, “Article 8”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 385-388.

¹⁶ STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, apartado 41; STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, apartados 80-84.

¹⁷ STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-90/06, *Rec.* 2007, p. I-08319, apartado 38.

¹⁸ STJUE de 11 de abril de 2013, *Land Berlin*, ECLI:EU:C:2013:228, apartados 55 y 56.

¹⁹ *Vid.* H. MUIR WATT, “Article 8”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, p. 383.

²⁰ *Vid.* al respecto, M.VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTIN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 216.

²¹ STJCE de 13 de julio de 2006, *Reisch Montage AG*, C-103/05, *Rec.* 2006, p.06827, apartado 27.

²² *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 293.

cesal²³. Así, el citado artículo 6 RBI/art. 8 RBI-bis representaría el primer estadio, pero hay otros, como cuando ya existen dos litigios pendientes en dos tribunales de dos estados miembros diferentes entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa. En este caso serán las reglas de litispendencia y de conexidad las que entren en juego (arts.29 y ss. RBI-bis). Ya en una fase posterior, con el proceso acabado, la sombra de la conexión entre demandas vuelve aparecer como “motivo de rechazo del reconocimiento” si existen dos sentencias, entre las mismas partes, y se pretende el reconocimiento de una sentencia posterior en un Estado miembro que ya dictó otra entre las partes con anterioridad a la que se pretende reconocer (art. 45.1.d) RBI-bis).

B) Problema jurídico

14. El problema jurídico que se plantea en este asunto en relación al art. 6.1 del citado Reglamento es que la empresa italiana, *Profit*, interpuso dos demandas ante dos tribunales italianos diferentes. Dichas demandas tenían objetivos diferentes. La primera dirigida contra *Commerzbank* (banco domiciliado en Alemania) y *Redi* (empresa domiciliada en Inglaterra) pretendía la nulidad de las operaciones y la restitución del precio, mientras que la otra, dirigida contra *Profit Holding* (matriz domiciliada en Italia), pedía el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por la mala administración de esta última.

15. La estimación de un foro de vinculación procesal para sustanciar ambas demandas bajo un único proceso implicaría que el tribunal italiano del domicilio de uno de los demandados en Italia, *ad ex.*, *Profit Holding*, podría conocer de también de la demanda de nulidad contra demandados domiciliados fuera de Italia.

16. Esta cuestión prejudicial es planteada por el tribunal italiano porque considera que el resultado de la demanda de nulidad y restitución podría afectar en la valoración de los daños y perjuicios que *Profit* reclama a su matriz por la mala administración realizada. Así, el tribunal nacional quiere saber si la activación del foro especial de vinculación procesal del art. 6.1 de. RBI se basa en un criterio de “mera oportunidad” o en un criterio más riguroso basado en el “riesgo de resoluciones inconciliables”.

C) La solución del TJUE

17. EL TJUE justifica la existencia del art. 6.1 del RBI en el principio de buena administración de justicia, como ya había realizado en asuntos anteriores²⁴. Así, en atención a esta máxima del Tribunal, este foro tiene el fin de evitar procedimientos paralelos que pueden llevar a resoluciones inconciliables²⁵. No obstante, el propio TJUE reconoce que este foro es una excepción a la regla general de que el tribunal competente debe ser el del domicilio del demandado. Por esa razón, se debe aplicar con carácter restrictivo. Es decir, no puede aplicarse más allá de los supuestos contemplados por el propio Reglamento 44/2001²⁶. La razón es que se debe evitar un uso fraudulento de este foro. Por eso no sería posible activarlo: (1) si ninguno de los demandados está domiciliado en ese Estado miembro, o (2) los demandados están domiciliados en terceros Estados. De este modo, una vez que el tribunal nacional comprueba que al menos uno de los demandados está domicilio en dicho Estado, debe analizar también si existe conexión entre ambas demandas. Pero no basta con una mera vinculación entre sí, es necesario que de dicha relación exista riesgo de resoluciones inconciliables. La razón de la aplicación restrictiva del art. 6.1 RBI/ art. 8.1 RBI-bis

²³ Sobre este particular *vid.* H. MUIR WATT, “Article 8”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 376-378.

²⁴ STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, apartado 77; STJUE de 12 de julio de 2012, *Solvay*, C-616/10, ECLI:EU:C:2012:445, apartado 19.

²⁵ STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartado 23.

²⁶ STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartado 63; STJUE de 12 de julio de 2012, *Solvay*, C-616/10, ECLI:EU:C:2012:445, apartado 21.

18. El Abogado General Bot reconoce en sus conclusiones que son las circunstancias de cada caso lo que determina si dicha conexión existe entre las demandas²⁷. Ahí, por tanto, reside la dificultad de trazar una línea clara y evidente que identifique en qué supuestos existe tal conexión entre demandas.

19. Aun así, el TJUE siguiendo lo establecido en asuntos previos ha sostenido que para la aplicación del art. 6.1 del R.44/2001 es necesario una relación o conexión entre las demandas que pueda ocasionar divergencias a la hora de solucionar los litigios. Pero no cualquier divergencia, sino aquellas que se basen en la misma situación de hecho y de derecho²⁸.

20. En el caso concreto que nos ocupa, el TJUE se apoya en lo sostenido por el Abogado General Bot en sus conclusiones²⁹. Ambos coinciden que hay diferencias de hecho y de derecho entre las dos demandas presentadas. Una es de daños y perjuicios y la otra de nulidad de un contrato. Estas diferencias en el objeto de las acciones hace que los resultados de las mismas vayan a ser independientes. De este modo, no existe riesgo de resoluciones inconciliables. Por lo tanto, en atención a la aplicación restrictiva del art. 6.1 RBI, la mera oportunidad de sustanciar dos procesos en uno solo en base a que uno puede influir en el resultado del otro no es suficiente para calificar las resoluciones de inconciliables y que así resulte de aplicación el citado foro.

2. La validez de una cláusula de sumisión expresa recogida en un folleto de emisión de bonos

A) Aproximación inicial

21. El art. 23 del RBI es la norma que permite a las partes de una relación contractual atribuir libremente de forma expresa competencia jurisdiccional a los tribunales de un Estado miembro³⁰. Desde el 10 de enero del 2015, es el art. 25 del RBI-bis la norma que se encarga de regular los pactos de sumisión expresa sustituyendo al art. 23 del R.44/2001³¹.

22. El art. 23 RBI/ art. 25 RBI-bis ofrece amplia libertad a las partes para que en base a una relación jurídica determinada acuerden que la controversia(s) que pudiera surgir entre ellas se someta

²⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 23 de abril de 2015, C-366/13, *Profit Investment SIM Spa c. Stefano Ossi, Andrea Mirone, Commerzbank*, apartado 94.

²⁸ STJCE de 13 de julio de 2006, Roche Nederland y otros, C-539/03, apartado 26.

²⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 23 de abril de 2015, C-366/13, *Profit Investment SIM Spa c. Stefano Ossi, Andrea Mirone, Commerzbank*, apartados 88-101.

³⁰ Sobre el art. 23 del RBI/art. 25 RBI-bis, *vid.* entre la abundante doctrina, J. BASEDOW, "Exclusive choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms", en *Essays in honour of Michael Bogdan*, 2013, pp. 15-31; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "The Application of the Brussels I Regulation to Defendants Domiciled in Third States: From the EGPII to the Commission Proposal", en E. LEIN (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, The British Institute of International and Comparative Law, 2012, pp. 57 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Decimocuarta ed., Comares, Granada, 2014, pp. 217-235; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 245-272; U. MAGNUS, "Article 23", U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2nd revised edition, Selp, Munich, 2012, pp. 436-514; U. MAGNUS, "ARTICLE 25", en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 584-669; U. MAGNUS, "Choice of Court Agreements in the Review Proposal for the Brussels I Regulation", en E. LEIN, *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, The British Institute of International and Comparative Law, 2012, pp. 83 y ss.; F. POCAR, "On the Substantive validity of Choice-of-Court Agreements under the EU Brussels I Regulation Recast", en *Essays in Honour of Michael Bogdan*, 2013, pp.471 y ss.; M. VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 273-304.

³¹ Sobre las novedades que presenta el art. 25 RBI respecto al art. 23 RBI se podrían señalar las siguientes: 1) ya no es necesario que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado miembro. De este modo, se ha eliminado el apartado 3 del antiguo art. 23 RBI; 2) la validez sustancial o de fondo de la cláusula de sumisión se determina conforme al Derecho del tribunal elegido; 3) el actual apartado 4 del art. 25 RBI-bis se corresponde con el anterior art. 23.5; 4) el art.25.5 RBI-bis recoge expresamente una cuestión repetida por el TJUE en numerosas resoluciones "la independencia" de la cláusula de sumisión expresa respecto del resto del contrato. Para un estudio más detallado sobre estos cambios *vid.* U. MAGNUS, "ARTICLE 25", en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 594 y ss.

exclusivamente a los tribunales de un Estado miembro. Así, *grosso modo* es posible afirmar que es necesario para que este foro opere:

- a) *Acuerdo inter partes*. Las partes contratantes deben recoger la sumisión expresa en un acuerdo³². El propio RBI/RBI-bis hace mención a dicho pacto en su articulado denominándolo “acuerdo atributivo de competencia”. Dicho acuerdo es independiente a la validez del contrato, así el contrato donde se contiene la cláusula de sumisión puede ser nulo pero no afectar a la validez de dicha sumisión expresa³³. Además, es importante, que quede constancia del consentimiento de las partes. Así, el TJUE ha entendido que dicho consentimiento es libre y consciente cuando el pacto de sumisión cumple con los requisitos formales del art. 23 R. 44/2001³⁴. Íntimamente relacionado con el consentimiento se encuentra el hecho de que los efectos del pacto de atribución de competencia sólo tengan como regla general efectos *inter partes*³⁵. Por lo tanto, en principio, una cláusula de sumisión expresa no podría obligar a un tercero. La explicación es sencilla, no es posible que una cláusula de sumisión obligue a alguien que no ha dado su consentimiento, bien porque no la conocía, bien porque no está conforme. Como se ha señalado esta es la regla general, ya que éste es uno de los problemas que plantea el asunto objeto del comentario.
- b) *Requisitos de forma solemnes*. El art. 23 RBI/art. 25 RBI-bis exige que el acuerdo de sumisión se celebre siguiendo cualquiera de estas opciones: a) por escrito; b) oralmente pero con confirmación escrita; c) conforme a alguna forma que se ajuste a la práctica habitual de las partes; d) conforme a alguna forma de las conocidas en el comercio internacional. El Reglamento se ha preocupado por no dejar estos requisitos formales al arbitrio de los derechos nacionales de los Estados miembros³⁶. Por su parte, el TJUE se ha esforzado en proporcionar un criterio lo más uniforme posible para que las partes cuenten con la mayor certeza jurídica, ya que un pacto de sumisión válido es obligatorio para las partes y tiene como consecuencia que no pueda conocer del asunto un tribunal diferente al que se eligió en la cláusula atributiva de competencia³⁷. El cumplimiento de cualquiera de estas <<formas>> que señala el RBI/RBI-bis implica que las partes tienen constancia del pacto de sumisión y garantiza en gran medida que han prestado su consentimiento³⁸. Por ese motivo, surge la duda de si una cláusula de sumisión recogida en una cláusula de folleto de emisión de bonos cumple con el requerimiento de forma escrita. De no ser así, podría salvarse el requisito formal si se entien- de que tal forma se corresponde con un uso del comercio internacional.
- c) *Asignación de competencia a un Estado miembro*. La cláusula de atribución de competencia debe designar como competentes a los tribunales de un Estado miembro. Dicha designación puede ser tanto de forma directa –tribunales portugueses– como indirecta –los tribunales del domicilio del distribuidor–³⁹. Del mismo modo, las partes pueden designar tanto a los tribunales que en su conjunto podrían ser competentes –tribunales franceses– como a un concreto tribunal –tribunales de Lyon–. Además, es posible elegir a más de un tribunal competente para el conocimiento de controversias distintas que nacen de una misma relación jurídica, es lo que se conoce como sumisión múltiple fraccionada⁴⁰. El TJUE ha interpretado el art. 23 del R. 44/2001

³² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 248-249.

³³ STJCE de 3 de julio de 1997, *Benincasa*, C-269/95, Rec. 1997, p. I-3788, apartados 20-32.

³⁴ STJCE 16; de 20 de febrero de 1997, *MSG*, C-106/95, Rec. 1997, p. I-911, apartado STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Coreck*, C-387/98, Rec. 2000, p. I-09337, apartado 13.

³⁵ STJUE de 21 de mayo de 2015, *Cartel Damage Claim (CDC) Hydrogen Peroxide Sa vs. Akzo Nobel NV*, C-352/13, Rec. 2015, apartado 64.

³⁶ STJCE de 24 de junio de 1981, *Elefanten Schuh GmbH*, as. 150/80, Rec. 1981, p. 00457, apartados 25-29.

³⁷ STJCE de 14 de diciembre de 1976, *Galeries Segoura SPRL*, as. 25/76, Rec. 1976, p. 00609, apartado 6; STJUE de 21 de mayo de 2015, *Jaouad El Majdoub*, C- a C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334, apartado 25.

³⁸ STJCE de 20 de febrero de 1997, *MSG*, C-106/95, Rec. 1997, p. I-911, apartado 15.

³⁹ STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Coreck*, C-387/98, Rec. 2000, p. I-09337, apartado 15.

⁴⁰ Sobre la sumisión múltiple fraccionada y otras opciones que pueden tener las partes vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 262 y ss.

de forma amplia para que las partes cuenten con las máximas posibilidades. Así, en el mismo sentido, el tribunal elegido por las partes para que conozca de sus controversias no tiene por qué guardar conexión con el caso⁴¹. La conexión se la dan las partes al elegirlo como competente.

- d) *Situación jurídica determinada*. Este es el único requisito sustancial que exige el Reglamento⁴². La sumisión no puede ser general, es decir, abarcar todo tipo de controversias que surjan entre las partes. La sumisión debe ceñirse a una relación jurídica determinada, *ad ex.*, si fabricante alemán y distribuidor español de automóviles pactan resolver sus posibles controversias derivadas de su relación contractual —contrato de concesión— ante tribunales españoles, dicha cláusula de competencia no cubriría una posible reclamación del distribuidor por los daños y perjuicios sufridos debido al incumplimiento por parte del fabricante de normas medioambientales⁴³. Aparte de referirse la sumisión a un litigio concreto, es necesario que se base en una relación internacional y que la misma entre dentro del ámbito material del RBI/RBI-bis, con la excepción de las materias consideradas competencias exclusivas (art. 22 RBI/art. 24 RBI-bis) y demás materias especiales⁴⁴.

B) El problema jurídico

23. En relación a la sumisión expresa recogida en un “folleto de emisión de bonos” de la sentencia que comentamos cabe plantearse:

- 1) La existencia de acuerdo *inter partes* entre *Commerzbank* y *Profit* en el sentido del art. 23 del R. 44/2001.
- 2) Si la forma escrita exigida por el art. 23 del R.44/2001 queda satisfecha o podría considerarse “un uso de del comercio internacional”.
- 3) Si se podría considerar que la cláusula de sumisión recogida en el folleto de emisión se ha transmitido válidamente a un tercero. Es decir, podría dicha forma en el sector financiero de emisión de bonos de crédito constituir una excepción junto otras que ya ha señalado el TJUE en asuntos previos como en el de accionista que suscribe los estatutos de una sociedad en los que se recoge un acuerdo de prórroga de competencia (*Powell Duffryn*) o el del conocimiento de tarjeta de embarque (*Russ*)⁴⁵.

C) Su solución

24. Respecto a si existe un pacto *inter partes* entre *Commerzbank* (emisor de los bonos) y *Profit* respecto a la cláusula de sumisión cabe decir que no. La empresa italiana adquirió los bonos en el mercado secundario a través de un intermediario (*Redi*), no entabló relación alguna con *Commerzbank*. Así, ante inexistencia de acuerdo entre *Profit* y *Commerzbank* cabe preguntarse si dicha cláusula de sumisión pudiera ser opuesta a *Profit*.

25. Pero antes de resolver la oponibilidad es necesario plantearse como hace el TJUE una cuestión anterior y es si existe acuerdo de sumisión válido (al menos formalmente). Es decir, si se cumple el requisito

⁴¹ STJCE de 17 de enero de 1980, *Zelger*, as. 56/79, *Rec.* 1980,p. 00063, apartado 4.

⁴² STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartado 23.

⁴³ El TJCE ha considerado que la necesidad de que la cláusula de sumisión expresa se refiera a litigios concretos pretende evitar que una de las partes se vea sorprendida por una demanda interpuesta ante un foro que se pactó para dirimir unas posibles controversias que en nada tienen que ver con las que sustentan la demanda actual (STJCE de 10 de marzo de 1992, *Powell Duffryn*, C214/89, *Rec.* 1992, p. I-01745, apartado 31).

⁴⁴ Sobre este particular *vid.* U. MAGNUS, “ARTICLE 25”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 651-652.

⁴⁵ STJCE de 10 de marzo de 1992, *Powell Duffryn*, C214/89, *Rec.* 1992; STJCE de 19 de junio de 1984, *Russ*, as. 71/83, *Rec.* 1984, p. 0057.

de forma exigido por el art. 23.1.a) del RBI cuando se incluye una cláusula de sumisión expresa a favor de tribunales ingleses en un folleto de emisión de bonos. El TJUE siguiendo lo ya sostenido en resoluciones previas, considera que el requisito de forma “por escrito” se cumple cuando queda constancia de forma clara y precisa que ambas partes han manifestado su consentimiento⁴⁶. El consentimiento a dichas cláusulas no puede ser tácito ni inferirse de las circunstancias⁴⁷. Así, considera que en el asunto concreto que es objeto de análisis es necesario que en el contrato mediante el cual *Commerzbank* emite los títulos al mercado primario se mencione la aceptación de dicha cláusula de prórroga de competencia a favor de tribunales ingleses o que dicho contrato remita expresamente al “folleto de emisión de bonos” que es donde se encuentra la cláusula de sumisión. Por lo tanto, para oponer dicha cláusula de sumisión a *Profit* es necesario lo anterior (cláusula de sumisión expresa o remisión expresa a los bonos en el contrato de emisión para el sector primario), pero además, el tribunal nacional debe comprobar si el contrato de emisión de bonos al mercado secundario, es decir, si en el contrato entre *Profit* y *Redi* se recogió la cláusula de sumisión o existe remisión expresa. En el caso de que este aspecto falle, cabe plantearse si aun así sería posible oponer a *Profit* dicha cláusula de sumisión expresa cuando ni en su contrato con *Redi* se ha recogido dicha sumisión a favor de tribunales ingleses ni tampoco hay remisión expresa al documento donde se recoge la misma.

26. El Reglamento Bruselas I, del mismo modo que su antecesor el Convenio de Bruselas de 1968, ni tampoco el actual Reglamento Bruselas I-bis especifican si un acuerdo de sumisión expresa puede ser oponible a un tercero por una de las partes que firmó originariamente dicho acuerdo. El TJUE sí se ha pronunciado sobre cómo debe interpretarse el art. 23 del R. 44/2001 sobre este aspecto en asuntos previos⁴⁸. En el asunto que nos ocupa el TJUE ha considerado que es posible oponer la cláusula de sumisión expresa recogida en un folleto de emisión realizada de forma unilateral por el emisor a un tercero que adquiere los títulos en el mercado secundario si se acredita (lo debe comprobar el tribunal nacional)⁴⁹: 1) *que la cláusula de competencia entre el emisor (Commerzbank) y el intermediario (Redi) sea válida*. Para que se cumpla tal fin, no podemos olvidar lo ya expuesto, el contrato de emisión de bonos en el sector primario debe bien recoger dicha cláusula de sumisión o remitir de forma expresa al folleto de emisión de bonos; 2) *que dicho tercero (Profit) suscribiendo los títulos en el mercado secundario sucedió a dicho intermediario (Redi) en los derechos y obligaciones ligados a dichos títulos*. La Ley aplicable al contrato será la que determine si dicha sucesión existe o no; 3) *que el tercero pudo conocer dicho folleto donde se recogía la cláusula de competencia*. Es decir, de nada sirve que la cláusula de competencia sea válida y que el tercero ocupe la posición del contratante inicial si desconoce el documento donde se recoge. Sin constancia de la misma, no se ha podido consentir. Aspecto clave para la validez del pacto de sumisión.

27. Sobre este aspecto el Abogado General Bot mostró una posición diferente a la sostenida finalmente por el Tribunal de Justicia. Para el Abogado General debido a la falta de relación contractual entre *Commerzbank* y *Profit*, no se podía considerar que existiera acuerdo según el art. 23.1 RBI. Según su visión, no es posible presumir que *Profit* por el hecho de haber adquirido los títulos prestó su consentimiento respecto a la cláusula atributiva de competencia⁵⁰. Es necesario un consentimiento expreso, el cual no puede deducirse de simple adquisición de los títulos⁵¹. Sin embargo, el TJUE no comparte la

⁴⁶ STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Coreck*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. I-09337, apartado 13; STJUE de 7 de febrero de 2013, *Refcomp*, C-543/20, ECLI:EU:C:2013:62, apartado 27.

⁴⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 23 de abril de 2015, C-366/13, *Profit Investment SIM Spa c. Stefano Ossi, Andrea Mirone, Commerzbank*, apartado 42.

⁴⁸ STJUE de 21 de mayo de 2015, *Cartel Damage Claim (CDC) Hydrogen Peroxide Sa vs. Akzo Nobel NV*, C-352/13, *Rec.* 2015, apartado 64; STJUE de 7 de febrero de 2013, *Refcomp*, C-543/20, *Rec.* 2013, apartado 29; STJCE de 19 de junio de 1984, *Russ*, as. 71/83, *Rec.* 1984, p. 0057, apartado 24.

⁴⁹ STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartados 35-37.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 23 de abril de 2015, C-366/13, *Profit Investment SIM Spa c. Stefano Ossi, Andrea Mirone, Commerzbank*, apartado 52.

⁵¹ Según Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 23 de abril de 2015, C-366/13, *Profit Investment SIM Spa c. Stefano Ossi y otros*, apartados 54-55.

opinión del Abogado General, ya que el asunto *Profit* sigue la línea abierta en asuntos anteriores como *Powell Duffryn* (contrato de sociedad) y *Russ* (conocimiento de embarque marítimo). Por lo tanto, en visión del Tribunal de Justicia este asunto —*Profit*— podría entenderse también como una excepción como la del contrato de sociedad y la del conocimiento de la tarjeta de embarque siempre y cuando se cumplan los tres criterios que señala —validez de la cláusula, subrogación y conocimiento—.

28. Desde nuestro punto de vista, es complicado que dicha cláusula de competencia sobreviva al análisis de validez que debe realizar el tribunal italiano. Si en el contrato entre *Commerzbank* y *Redi* no hay mención de tal cláusula o remisión expresa al folleto no habrá nada más que analizar.

29. El tribunal italiano sigue preguntado, así en el caso de dicha cláusula de sumisión no fuera acorde con la forma escrita exigida por el art. 23.1.a) ni tampoco oponible a un tercero sería posible considerarla válida conforme al art. 23.1.c). Es decir, la cláusula de competencia recogida de forma unilateral por el emisor de los títulos de crédito en el folleto de emisión se podría corresponder con un “uso del comercio internacional”. El hecho de que dicha forma de establecer una cláusula de competencia sea considerado un “uso” habitual en el tráfico comercial internacional en materia de emisión y adquisición de bonos de crédito permitiría presumir el consentimiento de *Profit*.

30. En este sentido, el TJUE considera que debe ser el tribunal nacional el que precise si una cláusula de sumisión expresa en un folleto de emisión de bonos puede ser considerada un uso del comercio internacional en el sentido del art. 23 RBI en atención a los siguientes criterios:

- 1) Los operadores del sector deben considerar tal comportamiento como general y habitual al celebrar los contratos de ese tipo.
- 2) Las partes debían haber mantenido relaciones comerciales previas entre ellas o con otras del sector en las que hubieran procedido de tal modo — pactando cláusulas de competencia en los folletos de emisión-. El TJUE considera que este requisito no debe cumplirse cuando dicho comportamiento es lo bastante conocido en el sector de referencia⁵².

3. La anulación de un contrato y la restitución del precio como “material contractual” para el art. 5.1.a) RBI

A) Estado de la cuestión y su problemática jurídica

31. El art. 5.1 a) RBI es un foro especial de los previstos por el Reglamento para las relaciones basadas en un contrato⁵³. Actualmente, este foro se recoge en el art. 7.1.a) del RBI-bis. Este foro no ha

⁵² STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartado 50. Esta visión ya se ha sostenido previamente por el TJUE en otros asuntos, *vid., ad. ex.*, STJCE de 16 de marzo de 1999, *Castelleti*, C-159/97, *Rec.* 1999, 01597, apartados 26-28 y 43.

⁵³ Sobre este foro *vid. ad. ex.*, P. BEAUMENT, “The Brussels Convention Becomes a Regulation: implications for Legal Basis, External Competence and Contract Jurisdiction”, en *Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford, 2002, pp. 9 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. II, Decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 839-863; E. CASTELLANOS RUIZ, “Compraventa Internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 194-198; M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: Distinción entre materia contractual y extracontractual”, *CDT*, nº 6, vol. II, 2014, pp. 318-319; FERRARI, *Verkaufengerichtsstand auch nach Art. 5, n.1, lit b. EuGVVO?*, *ecolex*, 2007, pp. 303 y ss.; P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L’art. 5 n. 1 del regolamento. 44/2001 nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Cedam, Padova, 2006; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El fuero especial en materia de obligaciones contractuales en el Reglamento Bruselas I: El status quaestionis interpretativo”, *Int. J. Proced. L.*, 3, 2003, pp. 22 y ss.; S. LEIBLE, *Warenversteigerungen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, *IPRax*, 2005, pp. 424 y ss.; P. MANKOWSKI, “Article 5”, en U.MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2nd Revised edition, Selp, 2012, pp. 88- 294; P. MANKOWSKI, “ARTICLE 7”, en U.MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, *Ottoschmidt*, Köln, 2016, pp. 121-369. P. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en *Entre Bruselas y La Haya (Estudios sobre la unificación*

dejado indiferente a nadie, prueba de ello son las abundantes opiniones doctrinales y resoluciones judiciales que existen al respecto. Dichas aportaciones, con mayor o menor calado, han tenido un nexo común: aclarar cuándo y cómo un tribunal nacional debe declararse competente en virtud del art. 5.1 a) RBI.

32. De los muchos aspectos que han suscitado dudas en la aplicación del art. 5.1.a) RBI nos vamos a centrar en la “noción de materia contractual” y si tiene cabida dentro de la misma las acciones que persiguen la nulidad de un contrato. En otras palabras, podría un tribunal de un Estado miembro declararse competente vía art. 5.1.a) RBI/art. 7.1.a) RBI-bis para conocer de la nulidad de un contrato.

33. La noción “material contractual” es propia del Reglamento. El derecho nacional de los Estados miembros no se tiene en cuenta para determinar qué engloba materia contractual en relación al art. 5.1.a) RBI /7.1.a) RBI-bis. Así, lo ha sostenido el TJUE en numerosas resoluciones⁵⁴. Por lo que de las mismas se puede extraer que la noción de “materia contractual” debe ser entendida en sentido amplio, por lo que podría tener cabida cualquier obligación libremente asumida por las partes⁵⁵. En definitiva, todas aquellas acciones judiciales que se deriven de relaciones contractuales podrían tener cabida dentro del art. 5.1⁵⁶. Sin embargo, esta amplitud no está exenta de problemas a la hora de aplicar este foro especial, ya que al ser “el cumplimiento de la obligación” la circunstancia que otorga competencia judicial internacional no deja de suscitar dudas si un tribunal podría conocer en base a este foro de la acción que pretende la nulidad, la invalidez de un contrato o incluso cuando la acción plantea la propia existencia del mismo.

34. Para poder solucionar el problema anteriormente mencionado es necesario hacer un planteamiento previo. Una de las dificultades con las que se encuentran los operadores jurídicos para la aplicación de este foro es que con anterioridad a determinar si la existencia o nulidad de un contrato es materia contractual, es necesario precisar cómo el juez va a analizar si existe o no contrato y si éste es válido. Es decir, qué criterios debe tener en cuenta el juez para saber si existe o no relación contractual y si esta es válida. Y una vez precisado esto, se podrá precisar si dicha validez del contrato supedita la aplicación del foro.

35. En relación a qué criterios debe tener en cuenta el juez para analizar la existencia o no de contrato para así poder apreciar su competencia es necesario destacar dos posturas al respecto:

- a) *Ley aplicable al contrato.* El juez debe analizar conforme a la Ley aplicable al contrato si el contrato existe y si es válido. El operador jurídico deberá aplicar las normas de conflicto de su sistema de Derecho internacional privado para llegar a dicha Ley aplicable⁵⁷.
- b) *Elementos constitutivos del contrato.* El juez debe prescindir de la Ley aplicable al contrato y basarse en las circunstancias particulares del caso concreto. Esta es la postura seguida por

internacional y regional del Derecho internacional privado – Liber amicorum Alegría Borrás, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 291-307; A. FONT I SEGURA, “La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales”, *RJC*, vol. 2006, nº 2, pp. 391-424; C. REYDELLET, “La pluralité des contrats de distributions et l’article 5.1 du règlement Bruxelles I”, *RLDA*, nº 103, 2015, pp. 46 y ss; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Contratos de agencia: aplicación del art. 5.1 del Reglamento Bruselas I a la obligación contractual de no competencia”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J.OVIEDO ALBÁN, (Dirs.), *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2006, pp. 497-522; F. SALERNO, “La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita”, *RDIPP*, 2008, pp. 381-394.

⁵⁴ STJCE de 22 de marzo de 1983, *Peters*, as. 34/82, *Rec.* 1983, p. 987; apartado 10; STJCE de 8 de marzo de 1988, *Arcado*, as. 9/87, *Rec.* 1988, p. 01539, apartados 10-11; STJCE de 17 de junio de 1992, *Handte*, C-26/91, apartado 10; STJCE de 27 de octubre de 1998, *Réunion Européenne*, C- 51/97, *Rec.* 1998, p. I-6541; STJUE de 14 de marzo de 2013, *Ceská sporitelna*, C-19/11, apartado 45; STJUE de 13 de marzo de 2014, *Brogssitter*, C- 548/12, ECLI:EU:C:2014:148, STJUE apartado 19; STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, apartado 37.

⁵⁵ STJUE de 21 de enero de 2016, *ERGO Insurance*, C-359/14 y C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40, apartado 44.

⁵⁶ Así, *ad. ex.*, las demandas derivadas de obligaciones unilaterales (STJCE de 14 de mayo de 2009, *Renate Ilsinger*, C-180/06, *Rec.* 2009, p. 03961, apartado 51); de obligaciones derivadas de los aspectos privados de Convenios colectivos de trabajo; de obligaciones que surgen por imperativo legal; de obligaciones derivadas de los precontratos (*vid. ad. ex.* P. MANKOWSKI, “Article 5”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2nd Revised edition, Selp, 2012, pp. 129 y ss.).

⁵⁷ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. II, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 845.

el TJUE, le cual considera que son los “elementos constitutivos del propio contrato” los que deben determinar si tal relación contractual existe y si ésta es válida⁵⁸.

36. Una vez apreciada la competencia del tribunal, bien mediante la Ley aplicable al contrato o los elementos del mismo, si de dicha valoración el tribunal se da cuenta de que dicho contrato no existe o simplemente la relación no es válida o incluso nula, es posible determinar su competencia mediante el art. 5.1 RBI/7.1 RBI-bis. A este respecto se podrían señalar tres grandes posiciones⁵⁹:

- a) *Necesidad de que exista contrato y una obligación válida entre las partes*. En base a esta posición para que opere el foro del art. 5.1 RBI/art. 7.1 RBI-bis es necesario que exista una relación válida entre las partes⁶⁰. Así, no tendrían cabida dentro del foro especial contractual las acciones dirigidas a que un juez se pronunciara sobre la existencia o no de un contrato, su validez o nulidad. En ese caso, según esta postura, un juez no podría declararse competente vía art. 5.1/art. 7.1 para determinar la existencia de un contrato, se debería atender a algún otro foro de los previstos en el Reglamento, *ad. ex.* el foro del domicilio del demandado⁶¹. Desde nuestro punto de vista esta posición no casa ni con el espíritu ni con la letra del RBI/RBI-bis.
- b) *No necesidad de contrato ni tampoco obligación válida*. Según otros autores, el art. 5.1 del R.44/2001 puede activarse también para aquellas acciones dirigidas a discutir la existencia, inexistencia, validez o nulidad de un contrato. Es decir, la nulidad o la existencia de una relación contractual es *per se* “materia contractual” en aras de aplicar el art. 5.1/7.1, con independencia de que posteriormente exista obligación contractual válida entre las partes.
- c) *Necesidad de un contrato pero no necesariamente válido*. Según esta posición doctrinal, el juez debe apreciar la existencia de un contrato, sin embargo, el mismo no tiene por qué ser válido para que el foro se active⁶². En otras palabras, el juez al analizar el contrato puede apreciar su existencia, es decir, que la obligación entre las partes exista, pero, aun así, el foro especial en materia contractual podría aplicarse con independencia de su validez.

B) La solución del TJUE

37. El TJUE entiende que es necesario que el tribunal aprecie “la existencia de elementos constitutivos” del contrato para poder declararse competente vía art. 5.1 RBI. La mera alegación del demandado de que no existe contrato entre las partes no es suficiente, ya que de ser así, dicho foro quedaría en la práctica inoperativo⁶³.

38. Desde nuestro punto de vista, el TJUE requiere que el juez nacional compruebe la existencia del contrato, pero no bajo una Ley específica, sino conforme a los elementos que le brinde el caso concreto. Así, se podría afirmar que lo importante para poder aplicar el art. 5.1 RBI/art. 7.1 RBI-bis es

⁵⁸ STJCE de 4 de marzo de 1983, *Effer*, as-38/81, *Rec.* 1983, p. 185, apartado 7.

⁵⁹ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. II, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 845-846.

⁶⁰ Dudosa de que se pueda interpretar en este sentido, STJCE de 4 de marzo de 1983, *Effer*, as-38/81, *Rec.* 1983, p. 185, apartado 7; STJCE de 20 de enero de 2005, *Engler*, C-27/02, *Rec.* 2005, p. 00481, apartado 50.

⁶¹ Uno de los problemas que podría tener esta interpretación es que el actor tenga que plantear dos demandas en dos tribunales de Estados miembros diferentes, una para dirimir si el contrato existe y otra sobre reclamaciones que se basen en dicho contrato. Sobre este particular *vid.* C. CARRILLO LERMA, “Capacidad del vendedor de un inmueble y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001”, *CDT*, Vol. 6, nº 1, 2014, p. 355; P. MANKOWSKI, “Article 7”, en U.MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Selp, 2016, p. 172.

⁶² Así lo entiende P. MANKOWSKI, “Article 5”, en U.MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2nd Revised edition, Selp, 2012, pp. 128. En el mismo sentido para el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis, P. MANKOWSKI, “Article 7”, en U.MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Selp, 2016, p. 172.

⁶³ STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartado 54.

que exista una relación contractual que vincule a las partes, con independencia de que el elemento que sustenta dicha relación – el contrato- sea válido. Por lo tanto, las acciones dirigidas a solicitar la nulidad de un contrato pueden tener perfectamente cabida dentro del término “materia contractual” que existe en el cosmos jurídico del RBI/RBI-Bis. Así, también deben incluirse dentro de la noción “materia contractual” demandas que persiguen la validez, la rescisión, la existencia, etc.⁶⁴. Esta posición casa perfectamente con la sostenida en el Reglamento Roma I en su art. 12.1.e), en el que la nulidad del contrato está incluida en la noción de materia contractual⁶⁵. El propio Reglamento Roma I alude expresamente en su considerando 17 a la necesidad interpretar ambos textos (RBI y R.Roma I) en el mismo sentido, todo ello con el fin de evitar incoherencias.

39.En atención al asunto objeto de análisis, el Tribunal de Justicia no duda en la relación contractual existente entre *Profit* y *Redi*. Por lo tanto, afirma que es totalmente posible la utilización del foro contractual por parte de *Profit* y así demandar a *Redi* ante el tribunal del lugar del cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Respecto a la relación entre *Profit* y *Commerbank*, el TJUE entiende que es posible utilizar el foro especial en materia de contratos siempre y cuando exista relación contractual entre ambas compañías. Así, si el tribunal nacional estima que dicha relación contractual existía entre *Profit* y *Commerzbank*– según el TJUE dicha relación tendría lugar si *Profit* sucedió a *Redi* en los derechos y obligaciones respecto a los bonos emitidos por *Commerzbank*-, en ese caso, también será posible que la empresa italiana plantee una acción judicial ante el tribunal del lugar del cumplimiento de la obligación litigiosa.

⁶⁴ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. II, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 845.

⁶⁵ DOUE 177/6, de 4 de abril de 2008.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL
INTERNACIONAL JULIO / DICIEMBRE 2015

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOUR
JURISPRUDENCE JULY / DECEMBER 2015

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Recibido: 20.06.2016 / Aceptado: 27.06.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3265>

Resumen: Se analizan las resoluciones judiciales en materia laboral más importantes para el ordenamiento jurídico español de la Corte Internacional de Justicia, del Comité de Libertad Sindical, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el 1 de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015.

Como casos más relevantes pueden citarse los siguientes. La queja ante el Comité de Libertad Sindical de los sindicatos portugueses denunciando que la reforma laboral de 2012 lesiona la libertad sindical al permitir que los trabajadores recién contratados elijan el convenio colectivo que les va a ser de aplicación. La sentencia del Tribunal de Justicia *Regojo Dans c. Consejo de Estado* en el que se debatía si un trabajador eventual puede percibir complementos salariales relacionados con la antigüedad específicamente diseñados para funcionarios de carrera. Y la sentencia del Tribunal de Justicia *Arjona Camacho c. Securitas Seguridad* en donde se debatía si era aplicable para el ordenamiento patrio en un supuesto de despido discriminatorio por razón de sexo la indemnización punitiva que permite la normativa comunitaria, tema este muy interesante y que, probablemente, va a tener continuidad tanto a nivel jurisprudencial como legal. También se da cuenta, por último, de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *D.O.R. y S.E. c. España* en un supuesto de expulsión de extranjeros sin aplicación de las medidas cautelares de permanencia en territorio nacional hasta la terminación del procedimiento de asilo.

Palabras clave: libertad sindical, complementos salariales de antigüedad percibidos por personal eventual, desplazamientos desde domicilio y tiempo de trabajo, aplicación de las reglas proteccionistas para la transmisión de empresas a entidad pública, despido discriminatorio por razón de sexo e indemnización punitiva.

Abstract: Studied the judgments in most important Spanish law of the International Court of Justice, the Committee of Union Libertad, the Court of Justice of the European Union, and the European Court of Human Rights since 1 July labor matters 2015 to December 31, 2015.

As most relevant cases may be mentioned the following. The complaint to the CFA of the Portuguese unions claiming that the labor reform of 2012 injured Liberate union by allowing new employees to choose the collective agreement will be applicable to them. The judgment of the Court *Regojo Dans c. State Council* that debated whether a potential employee can receive allowances related to specifically designed for old career civil servants. And the judgment of the Court *Arjona Camacho c. Securitas Security* where they debated whether it was applicable to the native system in a case of discriminatory dismissal on grounds of sex punitive damages which allows Community legislation, issue this very interesting and probably going to have continuity both jurisprudential level legal. It also gives quanta, finally, of the judgments of the European Court of Human Rights *D.O.R. and. c. Spain* in a case of expul-

sion of aliens without application of the precautionary measures remain in country until the completion of the asylum procedure.

Keywords: freedom of association, seniority allowances received by temporary staff, dese journeys home and work time, application of protectionist for business transfers to public entity rules, discriminatory dismissal on grounds of sex and punitive damages.

Sumario: I. Informes del comité de libertad sindical. 1. Introducción. 2. Portugal c. Confederación General de los Trabajadores Portugueses – intersindical nacional. Inconstitucionalidad de la reforma laboral y lesión del derecho a la libertad sindical. II. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Introducción. 2. María José Regojo Dans c. Consejo de Estado. Devengo y percibo de trienios para personal eventual al servicio de una administración pública. 3. Comisiones Obreras c. Tyco Integrated Security. Desplazamientos desde el domicilio y tiempo de trabajo. 4. Pujante Riveira c. Fondo de Garantía Salarial. Inclusión en el cálculo de los despidos colectivos las extinciones por voluntad del empresario basadas en causas no imputables al trabajador: extinción pactada con indemnización como improcedente tras modificación sustancial de condiciones de trabajo. 5. Adif c. Aira Pascual. Aplicación de la reglas proteccionistas de transmisión de empresas a entidad pública. 6. Arjona Camacho c. Securitas Seguridad. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en despido discriminatorio e indemnización punitiva. III. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Introducción. 2. D.O.R. y S.E. c. España. Expulsión de extranjeros y medidas cautelares.

I. Informes del Comité de Libertad Sindical

1. Introducción

Las quejas o reclamaciones por lesión de la libertad sindical han sido extraídos de la base de datos oficial de la Organización de Naciones Unidas (Normlex). Se han analizado todos los casos que afectan a España y a países del entorno europeo.

II. Caso núm. 3072: Portugal c. Confederación General de los Trabajadores Portugueses – Intersindical Nacional (CGTP-IN), presentada el 20 de marzo de 2014. Inconstitucionalidad de la reforma laboral y lesión del derecho a la libertad sindical

1. El asunto versa sobre la lesión que se produce en la libertad sindical por la modificación legislativa operada en el Código trabajo. Esencialmente porque se eliminan determinadas cláusulas convencionales relativas a días de descanso compensatorio, e indemnizaciones económicas en supuestos de despidos colectivos. Los recurrentes entienden que la alteración del contenido normativo de los convenios colectivos, así como las nuevas posibilidades que estos tienen encomendadas vulneran el principio de libertad sindical, porque, a su juicio, con estas medidas las autoridades públicas pretenden que la libertad negocial tenga menos espacio de desarrollo potencial. Es decir la lesión a la libertad sindical vendría con el estrechamiento legislativo de los márgenes del convenio colectivo, que tras la reforma tienen menos competencias.

Otro argumento de los recurrentes pivota sobre la reducción salarial que experimentan los funcionarios públicos y los trabajadores de las empresas del sector público, empleando para ello las leyes de presupuestos. Aprecian que dicha práctica viola los principios de libertad sindical, al atribuirse competencias que pertenecen, por entero, al ámbito negocial. Estas normas pueden tener eficacia general para los funcionarios, alegan, pero no para el personal sujeto al estatuto jurídico del trabajo asalariado.

Del mismo modo las normas de carácter general suprimieron algunas prestaciones sociales y percepciones extrasalariales y entiende los proponentes de la queja que la potencialidad de estas normas no puede proyectarse sobre ámbitos regidos por la negociación colectiva.

Otro aspecto problemático, como por otra parte ha ocurrido en nuestro ordenamiento tras la reforma que implementa en el Estatuto de los Trabajadores la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha sido el esta-

blecimiento de una cláusula de caducidad con respecto a la eficacia normativa de un convenio colectivo ya terminado, limitando la vigencia de normas convencionales que no se han renovado.

Por último, también se alega que el sistema contractual, tras la modificación legislativa operada, va a permitir que un trabajador recién contratado si no está afiliado a ningún sindicato pueda elegir el convenio colectivo que le va a ser de aplicación, circunstancia, al decir de los proponentes, claramente antisindical, en la medida en que permite un nivel de elección sobre el ámbito aplicativo del convenio incompatible con la eficacia general *erga homines* que tienen reconocidas las normas convencionales.

2. El Gobierno niega que las modificaciones legislativas lesionen el Derecho a la Libertad Sindical. Entienden que entra dentro del marco de distribución de competencias entre el Estado y la negociación colectiva implementar medidas extraordinarias en momentos de crisis económica tan singulares como las que atraviesa el país. La legitimación para su adopción proviene, por tanto, de su propio texto constitucional, y la oportunidad de la misma del impacto de la crisis económica.

3. El Comité de Libertad Sindical, después de sopesar las alegaciones de la queja, esencialmente las dos últimas argumentaciones, que son las de más calado: la posibilidad de que el convenio caducado pierda vigencia y las posibilidades de elección del convenio colectivo aplicable si el trabajador contratado no está afiliado a un sindicato, concluye que se le mantenga informado de la evolución de la situación, tras alentar “*al Gobierno a que siga promoviendo el diálogo social en relación a las medidas tomadas para hacer frente a la crisis y otras cuestiones relativas a los derechos de los trabajadores planteadas en la queja, con el objetivo de encontrar en la mayor medida posible soluciones compartidas por las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas*”, y aconsejar al Gobierno que “*evalúe con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas el impacto de las disposiciones legales adoptadas en materia de salarios y otras prestaciones y beneficios en el ejercicio de los derechos sindicales y en particular el derecho de negociación colectiva, con miras a asegurar que las medidas excepcionales adoptadas en atención a la crisis no se perpetúen*”.

Con respecto a estas cuestiones conviene recordar, aunque sea brevemente que la reforma del ordenamiento laboral portugués, en los años que van del 2009 al 2015 ha sido muy intensa, abarcando numerosas cuestiones laborales, desde una flexibilización de los despidos colectivos hasta la alteración de las reglas de la negociación colectiva. Pero a diferencia de lo que ha ocurrido en nuestro país, que nuestro Tribunal Constitucional sí ha considerado que las reformas laborales son plenamente constitucionales, el Tribunal Constitucional Portugués ha anulado parte de la reforma laboral del país vecino en una sentencia que podríamos considerar histórica: la Sentencia 602/2013, de 24 de octubre¹.

III. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. Introducción

La jurisprudencial reseñada del TJUE ha sido extraída de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Derechos fundamentales; Empleo; Libre circulación de los trabajadores; No discriminación, Política social, y Seguridad Social*. Se reseñan, en esta ocasión, todos los asuntos que afectan a España.

¹ Sobre el particular puede ser necesario consular un estudio pormenorizado sobre la influencia de dicha resolución en la normativa laboral. Interesante para este fin es el trabajo de MENES M, “As alteracoes ao código do trabalho Português na ótica do Tribunal Constitucional – o teor e o impacto do acórdão do Tribunal Constitucional nº 602/2013-”, en ARIAS DOMÍNGUEZ, A, y GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (COORD.), *La hebdómada reformadora de la legislación laboral portuguesa (2009-2015): análisis desde la experiencia jurídica española*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 169 y ss.

En castellano un trabajo sobre la reforma laboral portuguesa y sus consecuencias muy recomendable es el de MONTERIO FERNANDES, A., “El impacto de la crisis en la legislación laboral portuguesa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33 (2013), pp. 279 y ss. También puede consultarse CARVALHO MARTINS, D, “Criterios del Tribunal Constitucional Portugués sobre la reforma laboral portuguesa de 2012”, *Análisis GA&P*, octubre de 2013, pp. 1 y ss. Y en portugués es muy claro el trabajo de LEITE JORGE, “A reforma laboral em Portugal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34 (2013), pp. 1 y ss.

2. STJUE de 9 de julio de 2015 [asunto: C-177/14] María José Regojo Dans c. Consejo de Estado. Devengo y percibo de trienios para personal eventual al servicio de una Administración Pública. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada

1. El TS Español evacuó una cuestión prejudicial relativa a la concesión de trienios a personal eventual de una administración pública (Consejo de Estado). Entiende la recurrente en la instancia jurisdiccional que las cláusulas 3, apartado 1, y 4, apartado 4, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, ‘Acuerdo marco’), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175, p. 43) patrocinan, de un lado, la mejora de *“la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación”*, y, de otro, que no pueda *“tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*.

2. El problema jurídico fundamental consiste en determinar si el sistema remuneratorio establecido por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas: funcionarios y no funcionarios, permite, a la luz de la normativa comunitaria, una discriminación sobre el percibo de un concepto salarial basada única y exclusivamente en la consideración jurídica del vínculo jurídico (no funcional) que une al empleado con la Administración.

3. La reclamante había trabajado como personal eventual desde 1980 a 1996 al servicio del Tribunal Constitucional y, desde esa fecha en el Consejo de Estado. En 2012 solicita que se le concedan y abonen los trienios que le corresponderían desde 1980. La resolución de la reclamación jurisdiccional aprecia que *“la Ley 7/2007 no prevé el abono al personal eventual de estos complementos salariales por antigüedad, contrariamente a lo previsto para los funcionarios de carrera o los funcionarios interinos”*. Pero añade –y esto es, realmente muy importante– que, con *“arreglo a la Ley 2/2012, los funcionarios de carrera en situación de servicios especiales que ocupen puestos de trabajo reservados a personal eventual percibirán las retribuciones básicas correspondientes a su Grupo de origen, incluidos los trienios”*. Es decir, el personal eventual va a devengar o no los correspondientes complementos económicos por antigüedad (trienios) dependiendo, única y exclusivamente, de una condición previa a la designación, su condición o no de personal funcionario, sin que el ejercicio de la actividad laboral, sus condiciones de ejercicio, lugar, tiempo o modo, tengan alguna incidencia en dicho devengo.

4. El TS en su proposición, después de recordar que los cometidos laborales que desarrolla este personal eventual debe quedar reservado a aquellos empleados públicos que hayan sido seleccionados bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, pregunta las dos siguientes cuestiones:

En primer lugar, si este personal eventual puede entenderse comprendidos dentro de la definición de *“trabajador con contrato de duración determinada”*.

Y, en segundo lugar, si es aplicable a ese personal eventual el principio de no discriminación a los efectos de que le sean reconocidas y abonadas las percepciones retributivas que por el concepto de antigüedad son abonadas con carácter general a todo el personal al servicio de la Administración Pública: funcionarios de carrera, personal laboral indefinido, funcionarios interinos, y personal laboral con contratos de duración temporal.

Entiende el Tribunal que el mero hecho de que se califique a un trabajador de eventual en virtud del Derecho nacional carece de relevancia a efectos de dicha calificación desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea. Habida cuenta la normativa de igualdad de trato y no discriminación de la Unión Europea debemos entender que todo contrato de duración determinada debe tener el mismo trato, salvo que existas razones justificadas para implementar algún tratamiento distintivo razonable y objetivo.

5. Lo característico para definir un contrato de duración determinada es el hecho de que el final de dicho contrato de trabajo o de dicha relación laboral venga “*determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”.

Por ello, y teniendo presente estas consideraciones, el Tribunal entiende que la relación sometida a consideración, que finaliza de manera automática cuando se produzca el cese de la autoridad para la que se desempeñen las funciones, tiene un plazo cuyo final lo determina “*la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”, y, por consiguiente, debe considerarse como “*trabajador con contrato de duración determinada*”. Es decir, que para la normativa comunitaria un trabajador eventual como el aquí tratado debe considerarse como trabajador con contrato de duración determinada.

6. Para responder a la segunda cuestión, en realidad la trascendente desde una perspectiva práctica, debe partirse de una idea básica. Que la normativa antidiscriminatoria aplicable a los contratos de trabajo se implementa con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida, impidiéndose la interpretación restrictiva de dicho principio.

El Tribunal ya ha tenido la oportunidad de analizar si dichos complementos salariales son aplicables a los trabajadores con duración de determinada. Y ha declarado que tales complementos salariales por antigüedad se encuentran incluidos en el concepto de condiciones de trabajo. Afirmando también que los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden, sin que exista una justificación objetiva concreta y precisa, ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable.

El concepto de trabajador con contrato de duración indefinida comparable se emplea por la normativa comunitaria para incluir en su ámbito objetivo de proyección a todo “*trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña*”.

Los términos de comparación vienen determinados tanto por la naturaleza del trabajo como por las condiciones de formación y las condiciones laborales de ejercicio de dicha actividad. Y el Tribunal debe analizar si la diferencia de trato en cuando al percibo de las percepciones salariales tiene alguna justificación objetiva o si, por el contrario, la diferencia de trato es irrazonable, arbitraria o caprichosa.

7. En definitiva, el Tribunal debe analizar si los cometidos profesionales de la demandante son o no idénticos o análogos a los de un funcionario de carrera en el mismo puesto de trabajo. El Tribunal se muestra contundente al afirmar que aunque en determinadas circunstancias, dadas las responsabilidades y naturaleza de las funciones, puede establecerse un distinto tratamiento remuneratorio a favor de los funcionarios sobre otros trabajadores, “*no parece ser el caso en el litigio principal*”.

El motivo esencial para entenderlo así es que la propia norma española reguladora de las condiciones laborales del personal al servicio de la Administración Pública prevé que los funcionarios de carrera sí pueden percibir los trienios si ocupan puestos de carácter eventual. Por lo que puede afirmarse, sin ambages, que el hecho de que los funcionarios de carrera tengan derecho a esos complementos salariales durante el tiempo en que ejerzan los cometidos que corresponden al personal eventual “*contradice la alegación según la cual la naturaleza particular de las funciones de confianza o de asesoramiento especial que desempeña el personal eventual diferencia a estos dos tipos de personal y justifica una diferencia de trato entre ellos en lo que atañe al abono de dichos complementos salariales*”.

De lo que se deduce que la norma comunitaria se opone a la nacional que “*que excluye, sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios concedidos, en particular, a los funcionarios de carrera, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento salarial, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables*” circunstancia que “*corresponde verificar al tribunal remitente*”.

3. STJUE de 10 de septiembre de 2015 [asunto: C-266/14] Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras c. Tyco Integrated Security. Desplazamientos desde el domicilio y tiempo de trabajo. Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

1. Se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional sobre la negativa de la empresa de considerar como tiempo de trabajo el empleado en desplazarse desde su propio domicilio personal al centro de trabajo del primer cliente y entre el domicilio del último cliente a su propio domicilio.

La empresa se dedica a la instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad en empresas y domicilios, detección de intrusión y sistemas antihurto, por lo que cual es muy común el desplazamiento de trabajadores de la empresa hacia las empresas cliente, por lo que ejercen una actividad comercial en la zona a la que están adscritos. La empresa procedió a cerrar todas las instalaciones que tenían en determinadas provincias, quedando todos los trabajadores de la misma adscritos orgánicamente a las oficinas centrales de Madrid, pero sin centro de referencia provincial.

Cada trabajador tiene a su disposición un vehículo facilitado por la empresa con el que se desplazan diariamente desde su propio domicilio a los centros donde han de realizar las tareas de instalación o mantenimiento de los aparatos de seguridad. Con dicho vehículo regresan a su domicilio al terminar su jornada. La distancia desde el domicilio de un trabajador medio hasta el centro de trabajo en el que desarrolla su intervención profesional es muy variable, siendo a veces superior a 100 kilómetros diarios. También se desplazan una o varias veces por la semana a las oficinas de una agencia logística de transporte cercana a su domicilio, con el objetivo de recoger los aparatos, piezas y material que necesitan para sus intervenciones a lo largo de la semana.

Todo trabajador tiene un teléfono móvil facilitado por la empresa en el que se ha instalado una aplicación mediante la cual reciben el día anterior la hoja de ruta diaria que deben seguir para acudir a los distintos centros que deben visitar en cada jornada (dentro de su zona territorial de intervención), con los horarios en que deben presentarse ante los clientes. Mediante otra aplicación del teléfono los trabajadores rellenan los datos de las intervenciones realizadas y los transmiten a la empresa, con el propósito de registrar las eventuales incidencias que han atendido y las operaciones que han realizado.

2. El problema jurídico sometido al Tribunal radica en que la empresa no contabiliza como tiempo de trabajo el empleado por los trabajadores en desplazamiento desde su propio domicilio a la empresa de los clientes. La empresa calcula la duración de la jornada diaria contabilizando el tiempo transcurrido entre la hora de llegada de sus trabajadores al centro del primer cliente del día y la hora en que estos trabajadores salen del centro del último cliente, y sólo se tiene en consideración el tiempo en que se llevan a cabo las intervenciones en dichos centros y los desplazamientos intermedios, entre varios cliente dentro de la misma jornada. Pero se desprecia el tiempo empleado en acudir desde el propio domicilio al centro de trabajo del primer cliente y desde el último centro de trabajo visitado en el día a su propio domicilio, en el sentido de que no se considera tiempo de trabajo.

Es muy significativo que antes del cierre de las oficinas provinciales la empresa calculaba la jornada de trabajo diaria de sus trabajadores desde su entrada en las mencionadas oficinas para retirar el vehículo puesto a su disposición. Ahí era donde recogían la lista de los clientes que debían visitar y la hoja de ruta, y a este centro de trabajo debían regresar al terminar la jornada, con el objetivo de depositar el vehículo de empresa.

La Audiencia Nacional proponente de la cuestión prejudicial parte de la consideración de que para los trabajadores móviles del sector de transportes terrestres se considera que el puesto de trabajo se encuentra precisamente en su vehículo que se emplea para los desplazamientos, de modo que se considera tiempo de trabajo cualquier tiempo de desplazamiento empleando el vehículo. Lo que se cuestiona es si la situación de los trabajadores afectados en el litigio principal puede considerarse análoga a la de los trabajadores móviles de dicho sector. Si la respuesta fuese afirmativa la conclusión del tribunal sería evidente: el tiempo empleado debe considerarse de trabajo.

Entiende el Tribunal que el hecho de que los trabajadores sean informados en su teléfono móvil del trayecto que deben realizar cada día y de los servicios concretos que deben prestar a los clientes unas

horas antes de la cita dificulta la adaptación de su vida personal y familiar a la laboral. Se entiende, por ello, que el tiempo empleado en desplazarse desde el propio domicilio al de los clientes no puede considerarse estrictamente como un período de descanso. Peto duda de si, en puridad, puede entenderse que estamos en presencia de un tiempo en el que los trabajadores estén estrictamente a disposición del empresario para que éste les pueda encomendar alguna tarea distinta del propio desplazamiento.

En definitiva, no tiene claro si el tiempo empleado en el desplazamiento desde el propio domicilio al del cliente constituye tiempo de trabajo o período de descanso. Por lo que concretamente pregunta el TJUE si el tiempo invertido en dichos desplazamientos debe considerarse “*tiempo de trabajo*” o “*período de descanso*”, al carecer dichos trabajadores de un centro de trabajo fijo o habitual.

3. El Tribunal subraya como antes de la decisión empresarial de eliminar las oficinas provinciales la empresa entendía, pacíficamente, que era considerado tiempo de trabajo el tiempo de desplazamiento de sus trabajadores entre las oficinas provinciales y los centros del primer y del último cliente diario. Pero no su tiempo de desplazamiento desde su domicilio a las oficinas provinciales al comienzo y al final de la jornada. Entiende, además, que durante el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes, los trabajadores no están ejerciendo sus actividades profesionales características ni funciones esenciales de ellas.

El Tribunal aprecia, no obstante, que los desplazamientos de los trabajadores al dirigirse a los centros de los clientes forman parte de la actividad propiamente dicha, pues son imprescindible para la realización de las prestaciones técnicas. Sin desplazamiento no puede haber prestación laboral, y ésta no puede hacerse de otra manera que no sea presencial. Entenderlo de otra manera llevaría a la conclusión de que sólo el tiempo destinado al ejercicio de la actividad de instalación y de mantenimiento de sistemas de seguridad propiamente dicha debería ser considerado tiempo de trabajo. Tiene su importancia para el Tribunal el cambio de criterio que experimenta la empresa después de la supresión de las oficinas provinciales, esencialmente porque la naturaleza de los desplazamientos no ha cambiado a partir de la supresión de las oficinas provinciales, sólo se ha modificado el punto de partida de dichos desplazamientos.

Apoya esta interpretación el hecho incontrovertido de que el trabajador está obligado a estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad. La naturaleza laboral del desplazamiento, por tanto, es indudable.

El cierto, como se alega, que durante el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes los trabajadores tienen una cierta libertad para la organización de su tiempo, de la que carecen al momento de llevar a cabo la intervención en el centro del cliente, libertad organizativa de la que también gozaban antes de la decisión empresarial que extinguía las oficinas provinciales, argumento que no desvirtúa la conclusión a la que llega el Tribunal, esencialmente porque durante todo el tiempo que dura el desplazamiento los trabajadores se encuentran sometidos a las instrucciones del empresario, que puede sobrevenidamente modificar el orden de los clientes a visitar, o anular o añadir una cita, etc. Es decir, puede alterar el contenido general de la prestación, característica esencial del poder de dirección empresarial. Repárese, además, que aunque los trabajadores pueden organizar su desplazamiento por sí mismos carecen de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo o dedicarse a sus asuntos personales, por lo que, en realidad, continúan durante todo el tiempo que dura el desplazamiento a disposición del empresario.

Nada obsta, no obstante lo afirmado, a que el empresario, si lo estima oportuno, implemente los sistemas de control necesarios para prevenir eventuales abusos de los trabajadores con respecto al tiempo que emplean para los desplazamientos. Afirmación a mayor abundamiento que subraya enfáticamente la consideración laboral del tiempo invertido en los desplazamientos.

4. En definitiva, y en conclusión, para este tipo de trabajadores que carecen de un centro de trabajo fijo o habitual al que acudir para dar comienzo o finalizar la jornada laboral el tiempo diario invertido en desplazarse entre su propio domicilio y el centro de trabajo del primer cliente, así como el empleado en desplazarse desde el centro del trabajo del último cliente del día y su domicilio constituye “*tiempo de trabajo*”.

Ello tiene una peculiarísima consecuencia para el sistema de seguridad social: que el eventual accidente que sufra el trabajador en estos dos desplazamientos (en realidad en todos los que haga en la

jornada, también, por tanto, los emprendidos en la jornada entre los centros de trabajo de varios clientes), se van a considerar accidentes de trabajo propiamente dicho (art. 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) y no *in itinere*. Eso supone que una vez acaecido el accidente las presunciones afirmativas de la consideración laboral del mismo protegen al trabajador, corriendo con la carga de la prueba quienes nieguen su consideración laboral. Es decir, el accidente de trabajo en estas condiciones es laboral, y sólo deja de ser tal si se prueba que no concurrían en él las características de lugar, tiempo y modo, carga probatoria que corresponde al empresario.

4. STJUE de 11 de noviembre de 2015 [asunto: C-422/14] Cristian Pujante Rivera c. Fondo de Garantía Salarial. Inclusión en el cálculo de los despidos colectivos las extinciones por voluntad del empresario basadas en causas no imputables al trabajador: extinción pactada con indemnización como improcedente tras modificación sustancial de condiciones de trabajo. Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de legislaciones sobre despidos colectivos

1. Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere la normativa comunitaria relativa a despidos colectivos debe tenerse en consideración cualesquiera otras extinciones producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario no relacionados con motivos no inherentes a la persona del trabajador. Es decir, sólo quedan fuera del cómputo las extinciones que se relacionan directamente con la persona del despedido, en una clara referencia a los despidos culpables, a los despidos disciplinarios.

Por eso cuando en períodos sucesivos de noventa días, y con el propósito de eludir las previsiones normativas, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de causas económicas en un número inferior a los umbrales señalados pero sin que concurren causas nuevas que lo justifiquen estas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

2. El trabajador despedido impugna la validez de su despido, basado en causas económicas, porque entiende que la empresa debería haber aplicado el procedimiento de despido colectivo. Entiende que si se tienen en cuenta las extinciones de contrato producidas en los períodos de 90 días que respectivamente precedieron y siguieron a su propio despido, sí se alcanza el umbral numérico establecido por la normativa nacional para considerarse que el despido es colectivo.

El Juzgado correspondiente plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

Si las extinciones contractuales por cumplimiento regular de la causa de temporalidad quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de despidos colectivos, es viable computarlos a efectos de determinar el número de trabajadores “*habitualmente*” empleados en la empresa para el cálculo del umbral numérico del despido colectivo.

Y, en segundo lugar, si puede entenderse incluido en el concepto de extinciones a efectos del cómputo de despido colectivo aquella extinción contractual acordada de mutuo acuerdo entre empresario y trabajador pero que procede de una previa modificación sustancial de las condiciones de trabajo a iniciativa del empresario por causa de crisis empresarial y que, finalmente, es indemnizada con un importe equivalente al despido improcedente.

3. Con respecto a la primera cuestión en ocasiones anteriores el Tribunal ha afirmado que los trabajadores de duración determinada deben considerarse incluidos entre los trabajadores ‘*habitualmente*’ empleados en el centro de trabajo de que se trate. Pero para apreciar si se ha llevado a cabo un ‘*despido colectivo*’ en el sentido que requiere la normativa comunitaria, no han de tenerse en consideración las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, siempre que dichas extinciones tengan lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llegó a su fin o se finalizó la tarea encomendada.

El análisis de la segunda cuestión debe partirse de la base de que la normativa comunitaria no define de forma expresa qué ha de entenderse por despido, pudiéndose englobar conceptualmente –en

principio- cualquier tipo de extinción contractual no deseada por el trabajador, incluyendo a aquellas que nominalmente no se catalogan como de despido.

Para el caso concreto sometido a la jurisdicción del tribunal se afirma que aunque *prima facie* pudiera parecer que la extinción contractual está intimada voluntariamente por la trabajadora afectada no lo es menos que el origen de la extinción de esa relación de trabajo es la previa modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la trabajadora, no relacionado con ella. En el caso concreto se trataba de una reducción de la remuneración fija de la trabajadora por razones económicas. Reducción que al no ser aceptada por la trabajadora dio lugar a la rescisión (pactada, o adoptada de común acuerdo) del contrato de trabajo, acompañada del abono de una indemnización económica calculada de la misma manera y cuantía que el despido improcedente. De lo que se colige que el hecho de que el empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio de la trabajadora, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a su persona queda comprendido en el concepto de ‘despido’ que emplea la normativa comunitaria. Es decir, que para el cálculo del volumen de despidos colectivos en períodos sucesivos de noventa días no debe contabilizarse la extinción (formal) de común acuerdo producida en estas circunstancias.

5. STJUE de 26 de diciembre de 2015 [asunto: C-509/14] Adif c. Aira Pascual. Aplicación de las reglas proteccionistas de transmisión de empresas a entidad pública. Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas

1. La sentencia deviene de una cuestión prejudicial planteada en un procedimiento jurisdiccional en el que se debatía si la normativa europea relativa a la protección de derechos de los trabajadores en un supuesto de transmisión de empresas es aplicable al caso de que una empresa pública decide, sin solución de continuidad, revocar, de un lado, la concesión para la explotación de un servicio público que tenía concedida a una empresa privada, y explotar, de otro, con sus propios trabajadores dicho servicio público.

Una vez adoptada esta decisión decide no subrogarse en los derechos y obligaciones frente al personal de la empresa privada que tenía la concesión, con lo que la empresa procedió al despido colectivo por causas productivas de los trabajadores. Uno de los trabajadores afectados por el despido plantea una demanda conjunta contra la empresa privada y contra la empresa pública, argumentando que la empresa pública estaba obligada a subrogarse en las relaciones laborales del personal de la empresa concesionaria. Entiende, en particular, que la decisión de la empresa de revertir la concesión y gestionar directamente el servicio era, en realidad, una situación asimilable jurídicamente a la sucesión de empresas desde el punto de vista del ordenamiento interno, solicitando, por tanto, que se declare nulo el despido, o en su defecto improcedente, y se condene a la empresa pública a readmitir al trabajador.

El Juzgado de lo Social declaró que el despido era improcedente y condenó a la empresa a abonarle una indemnización. Aprecia que efectivamente se había producido una transmisión de empresa, ya que el servicio de que se trata en el litigio principal seguía prestándose con los mismos medios materiales y para el mismo cliente y en las mismas instalaciones. En definitiva que la actividad laboral se desarrolla en idénticas circunstancias de lugar, tiempo y modo. El TSJ que juzga el recurso de suplicación impetrado frente a la sentencia de instancia duda sobre la aplicación de las reglas de transmisión de empresas cuando hay una empresa pública en juego y decide plantear la cuestión prejudicial.

2. En TJUE comienza recordando, en primer lugar, que la circunstancia de que el cesionario sea un organismo de Derecho público no permite excluir la existencia de una sucesión de empresas y, por tanto, de una transmisión de trabajadores, y, en segundo lugar, que la norma comunitaria abarca todos los supuestos de cambio o sustitución empresarial, en el marco de relaciones contractuales laborales privadas, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que por este motivo asume las obligaciones características del empresario frente a los empleados de la empresa. Singularmente entiende que dicha normativa sí es aplicable a una situación en la que una empresa que confía a

otra empresa la ejecución efectiva de determinadas tareas decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y ejecutar por sí misma dichas tareas.

Teniendo en consideración todas las circunstancias de hecho, singularmente el tipo de empresa de que se trata, el hecho de que se hayan transmitido elementos materiales de la misma, edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el que se haya transmitido o no la clientela, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión, así como la duración de una eventual suspensión de dichas actividades, son factores determinantes para analizar si el nuevo empresario, la entidad pública en nuestro caso, debe hacerse cargo o no de los trabajadores, aplicándosele la garantía de la normativa comunitaria que patrocina el mantenimiento de las relaciones laborales en supuestos de sucesión de empresas.

3. El Tribunal considera que en este análisis debe diferenciarse entre actividades profesionales basadas esencialmente en la mano de obra de aquellas otras en las que la mano de obra no es el factor determinante de la productividad. Y en la situación objeto del litigio no puede considerarse una actividad esencialmente basada en el empleo de mano de obra, pues requiere un equipamiento singular muy característico, con una tecnificación muy importante. Y este es el dato esencial para entender que al ser una actividad basada esencialmente en el equipamiento, y al entender que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran al anterior empresario sino que eran propios y puestos a su disposición no debe excluirse la existencia de una transmisión de empresa.

Se entiende, por tanto, comprendida en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria la situación en la que una empresa pública confía, mediante un contrato de gestión de servicios públicos, la explotación de esa actividad a otra empresa privada, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal. En conclusión, el Tribunal entiende que la normativa relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas sí es aplicable.

6. STJUE de 17 de diciembre de 2015 [asunto: C-407/14] María Auxiliadora Arjona Camacho c. Securitas Seguridad España. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en despido discriminatorio e indemnización punitiva. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

1. La aplicación de la normativa comunitaria relativa a la igualdad de oportunidades, y muy singularmente sus artículos 18 y 25, exige que la compensación reconocida por cualquier vulneración del principio que protege debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de lo que se infiere que no es razonable establecer un tope máximo para dicha compensación. El artículo 18 introduce un principio general de reparación por la indemnización sufrida que sea a su vez “*disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido*” y “*no limitada a un tope máximo fijado a priori*”. Por su parte el artículo 25 prevé que las sanciones que impongan las autoridades nacionales por incumplimiento de los mandados de la Directiva tendrán que ser “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*”, pudiendo incluir “*la indemnización a la víctima*”.

2. Una trabajadora despedida interpone una demanda por despido discriminatorio por razón de sexo, solicitando una indemnización en concepto del daño sufrido. El juzgado de lo social reconoce que el despido es efectivamente discriminatorio por razón de sexo, y consulta mediante la cuestión prejudicial comunitaria si es aplicable, y sobre todo cómo se aplica, el principio contenido en la normativa comunitaria según el cual el daño producido por la conducta discriminatoria no sólo debe ser reparado en su integridad, sino también indemnizado de manera disuasoria, lo que llevaría a fijar una indemnización que va más allá de la reparación íntegra del perjuicio sufrido, de manera punitiva, con el propósito de servir de ejemplo a su empleador.

3. El concepto de daño punitivo no existe, como tal, en el Derecho laboral español, por lo que el planteamiento de la cuestión prejudicial va más allá de la aplicación de una norma nacional para entrar de lleno en la eventualidad de imponer directamente una sanción pecuniaria aplicando la normativa comunitaria².

La limitación a las indemnizaciones por despido es práctica común en esta materia, aunque no siempre ha sido así. Procede de la transición política y la adopción de este mecanismo de indemnización tasada en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo, parcialmente vigente todavía hoy para regular determinados aspectos del ejercicio del derecho de huelga y cierre patronal. Posteriormente la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprobaba el Estatuto de los Trabajadores derogó los preceptos que el R D-L dedicaba al despido, en realidad los incorporó al cuerpo estatutario.

El argumento dogmático esencial para establecer una limitación económica en la cuantificación de la indemnización económica por despido se relaciona con dificultad de calibrar, para cada caso concreto, qué consecuencias reales tiene el daño producido por la extinción *ante tempus* de la relación laboral sin causa imputable al trabajador. Sería dificultosísimo desde un punto de vista procesal proceder a calibrar, para cada caso, para cada despido concreto, cuál es el daño causado por la decisión extintiva empresarial, pues se tendría que acudir a tal número de variables (situación familiar, estados de necesidad, posibilidades de que encuentre un nuevo empleo de similares características, devengo o no de una prestación de desempleo, etc.) para su correcta cuantificación que sería prácticamente irreconducible a una lógica armonizadora. Por eso se adopta un sistema indemnizatorio que predetermina el montante de la indemnización, con independencia absoluta (excepto que haya encontrado empleo en el período que media desde la recepción de la carta de despido hasta la sentencia de instancia que declare el despido improcedente) del eventual daño causado al trabajador.

Pero esta limitación total de la indemnización en supuestos de despido juega también como mecanismo limitador de la responsabilidad del empresario. Es decir, se sabe al momento de tomar la decisión extintiva que la indemnización no puede ser más alta que el tope máximo predeterminado por la norma. Por lo que el debate jurídico se traslada hacia la apreciación de si ha existido o no causa para el despido, hacia su existencia misma. No hay más alternativas. O es despido procedente, en cuyo caso no hay indemnización, o es improcedente sin reintegro en cuyo caso se acude a la indemnización tasada. Pero el juez de lo social no puede modular, aquilatar o graduar la indemnización por despido que considera más adecuada, más justa, al caso concreto. Aplica la fórmula preestablecida en la norma, que se erige así en garantía máxima de onerosidad para el empresario, y en cuantía mínima para el trabajador despedido injustamente.

Este mecanismo funciona bien en la lógica de un despido debido a situaciones productiva ordinarias, decisión extintivas, justas o no, adecuadas o no, procedentes o improcedentes, pero relacionadas con la dinámica productiva empresarial. Sin embargo, y esta es la cuestión debatida en esta resolución, el establecimiento de un *quantum* indemnizatorio predeterminado no satisface, no al menos plenamente, la compensación del daño sufrido por el trabajador en despidos discriminatorios, basados en motivos inconstitucionales, selectivos o con propósito dañoso.

Nuestro ordenamiento tiene algunos mecanismos jurídicos para reponer íntegramente a la víctima de discriminación, y para articular una indemnización que tenga en consideración las circunstancias de cada caso. Pero son mecanismos que no pueden implementarse para la imposición de una sanción ejemplificadora. Es decir, sí existe la posibilidad de deducir una sanción adecuada al perjuicio causado, al daño sufrido, pero no puede emplearse dicha sanción para deducir lo que la normativa comunitaria denomina "*multa disuasoria*".

El art. 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, dispone expresamente: "*1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse*

² La atención a esta resolución por parte de la doctrina patria ha sido instantánea. Véase LÓPEZ CUMBRE, L.: "Daños 'punitivos' en el ámbito laboral", GA&P, febrero 2016, p. 3 y ss; ROJO TORRECILLA, E.: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre dos nuevas cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales y juzgados españoles", <http://www.eduardo-rojotorrecilla.es/2015/12/el-tribunal-de-justicia-de-la-union.html>; y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Daños punitivos en despido discriminatorio (y algunas reflexiones desde la perspectiva de la eficacia de las normas)", <http://ignasibeltran.com/2015/12/22/danos-punitivos-en-despido-discriminatorio-y-algunas-reflexiones-desde-la-perspectiva-de-la-eficiencia-de-las-normas/>

sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”.

Más allá de la cuestión penal referenciada en el inciso cuarto, siempre espectacular, lo realmente importante del precepto es que permite (“*será compatible*”, dice el inciso tercero) la acumulación de la indemnización tasada por despido con la indemnización abierta, o no tasada, que satisfaga y repare el daño causado en toda su intensidad, cuestión ya admitida con naturalidad desde la STS de 12 de junio de 2001 (RJ 2001\5931).

Lo que no se permite, no al menos de manera expresa, es la posibilidad de imponer una multa indemnizatoria con fines disuasorios, la posibilidad de imponer una indemnización punitiva. Mientras que el artículo 18 de la directiva tiene por objeto imponer la completa reparación del daño causado más allá de la cuantía económica tasada, el artículo 25 pretende imponer una indemnización económica a la víctima disuasoria. El primer propósito se ha conseguido con el precepto previsto en la norma adjetiva, pero el segundo no es posible que se articule en nuestro ordenamiento jurídico. Porque todavía no hay normativa precisa y concreta que habilite la imposición de multas o sanciones disuasorias.

De forma mucho más concreta el art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone que “*Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias*”.

Repárese que el precepto permite que se articule un sistema eficaz de sanciones disuasorias, pero todavía no se ha implementado. Porque cuando la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social regula la imposición multas de contenido económico a los empresarios (entre otros eventuales sujetos) infractores no se hace con un propósito disuasorio, y, desde luego no se dilucidad para ser percibidas por el sujeto discriminado, en esta caso, sino por la administración.

4. En TJUE entiende en su resolución que los Estados miembros tienen la obligación de introducir en sus ordenamientos las medidas necesarias para garantizar la reparación real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, teniendo presente que dicha indemnización punitiva puede ser, a su vez, disuasoria y no tiene, por eso, que sujetarse a un tope máximo fijado a priori. Según este principio, el ordenamiento Española tiene la obligación de incorporar mecanismos indemnizatorios abiertos (y por tanto no tasados) para reparar no sólo, como se hace, el daño causado a los trabajadores que padecen discriminación por razón de sexo, sino también para que sirvan de ejemplo a la sociedad en términos disuasorios.

Para el cumplimiento de dicha obligación comunitaria los Estados miembros tienen la posibilidad de elegir de qué manera llevan a cabo dicha modificaciones legislativas internas. Pero dicha libertad tiene que respetar, en todo caso, las consecuencias que se deducen de la interpretación de la normativa comunitaria. En concreto debe garantizarse que la indemnización pecuniaria compense íntegramente los per-

juicios efectivamente sufridos a causa del despido discriminatorio, aspecto que ya cumple nuestra normativa interna. Pero para que el perjuicio sufrido debido a una discriminación por razón de sexo tenga una indemnización disuasoria, es decir, una indemnización individual a quien ha sufrido el perjuicio que vaya más allá del daño causado y sirva como elemento disuasorio los Estados miembros tienen que introducir en su ordenamiento jurídico interno medidas concretas que permitan imponer dicha multa pecuniaria.

Por ello, teniendo presente que el Derecho nacional carece de norma que permita el abono de daños punitivos a la víctima de una discriminación por razón de sexo, la normativa comunitaria no prevé que el juez nacional pueda condenar por sí mismo al autor de esta discriminación al abono de tales daños. Obviamente, si un Estado miembro decidiera implementar mecanismos que permitieran conceder daños punitivos a la persona discriminada, en su labor legislativa debe fijar los criterios de imposición.

III. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. Introducción

La búsqueda de jurisprudencia del TEDH en los casos que afecte a España ha sido extraída del elenco de resoluciones traducidas por el Ministerio de Justicia.

2. Decisión de 7/7/2015: asunto: D.O.R. y S.E. c. España (demandas núm.: 45858/11 y 4982/12). Expulsión de extranjeros y medidas cautelares

1. En un proceso acumulado de dos demandas, una de una ciudadana colombiana y otra de una ciudadana nigeriana, contra el gobierno de España, se debatía la procedencia de ambas solicitudes de protección internacional que cursan (por separado) nada más pisar el territorio nacional. En ambos casos aducen que estaban siendo perseguidas por grupos paramilitares que ejercían violencia física, habiendo sufrido violencia familiar y la última de ellas episodios de acoso de carácter sexual y de explotación sexual.

Ambas solicitudes de protección internacional, de julio de 2011 y enero de 2012 respectivamente, fueron denegadas por el Ministerio del Interior. Se motivaron, apoyándose en el art. 21.2.b) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en la insuficiencia de datos de la solicitud careciendo sus exposiciones de suficientes credibilidad. El precepto en cuestión permite que el Ministro del Interior deniegue “*a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación*” su solicitud “*cuando la persona solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave*”.

2. La cuestión jurídica fundamental radica en la interpretación que ha dársele al art. 59 bis de la Ley 4/2000 de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dedicado a “*Víctimas de la trata de seres humanos*”.

Dicho precepto en su inciso primero prevé la posibilidad de que “*los órganos administrativos competentes*” concedan a las víctimas de trata de personas, siempre que aprecie que “*existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos*” un “*período de restablecimiento y reflexión*” con el propósito de que puedan escapar de la influencia de los traficantes y decidir si desean cooperar con las autoridades competentes en la investigación del delito.

Dicho período, según dispone en inciso segundo de precepto, “*tendrá una duración de, al menos, noventa días*”. Lo peculiar de dicho período es que mediando el mismo “*se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas*”.

La decisión administrativa consideró que no había indicios razonables que sustentaran las alegaciones de la demandante según las cuales sería víctima de trata de personas.

Dicha decisión fue recurrida por ambas solicitantes, por separado, ante la jurisdicción competente. Esencialmente solicitaron el reexamen de las resoluciones del Ministerio del Interior por la existencia de motivos de fondo para la concesión de la solicitud. La delegación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en España entendió que tanto los motivos aducidos por ambas solicitantes como las informaciones facilitadas por ellas, eran coherentes, razonables, y aportaban suficientes indicios que justificaran la admisión de sus solicitudes de protección internacional.

Antes de que la jurisdicción competente se pronunciase sobre el fondo del asunto una de las demandantes acudió al TEDH intimando la concesión de medidas cautelares.

3. Antes de resolverse por el TEDH la pretensión sobre el fondo del asunto se informa a éste que el Tribunal Supremo había estimado el recurso, de una de las reclamantes, frente a la sentencia de la Audiencia Nacional confirmatoria de las resoluciones del Ministerio del Interior, ordenando la admisión a trámite de la solicitud de la demandante y exigiendo que se proceda a un examen sobre el fondo del asunto.

En su sentencia, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina consolidada en la materia, concluyendo que el procedimiento administrativo ordinario era el que debía seguirse cuando una solicitud de protección internacional no resultaba ser, a primera vista, claramente abusiva o manifiestamente infundada. Con respecto a la otra reclamante la Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo y anuló las resoluciones administrativas que no concedían la protección solicitada. La propia resolución aplica las resoluciones del Tribunal Supremo referenciadas en el otro caso.

Todo ello conlleva que la solicitud de protección internacional de las demandantes están siendo examinadas actualmente por las Autoridades administrativas. Porque, como prevé el art. 19.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, "*Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida*". Las demandantes entienden que el carácter no suspensivo de los recursos administrativos contra las denegaciones de sus solicitudes de protección internacional les perjudica enormemente.

4. El TEDH entiende oportuno enjuiciar las demandas conjuntamente, dada la innegable conexión temática que existe entre ellas.

Con respecto a la alegación de la no suspensión de la orden de expulsión el TEDH subraya que la formulación de la orden de protección, como argumenta el Gobierno español, conlleva automáticamente la suspensión de la orden de expulsión hasta que se resuelva sobre el fondo del asunto. Se garantiza así que las demandantes no sean expulsadas del territorio español mientras dure el procedimiento.

Con respecto a la alegación de que la expulsión podría conllevar graves riesgos para su vida e integridad física el TEDH recuerda que según consolidada jurisprudencia sólo puede acudir a él una vez que se han agotado los recursos internos disponibles y suficientes que le permitan obtener reparación de las violaciones que alega.

Entiende, en definitiva, que el fondo de las pretensiones de las reclamantes, la concesión de la orden de protección, todavía se encuentre pendiente de resolución, por lo que estima que esta pretensión es prematura en este momento procesal.

En conclusión, el TEDH decide, en primer lugar, la acumulación de las demandas es lo procesalmente correcto, y, en segundo lugar, la inadmisión, por prematuras, de las pretensiones relacionadas con la alegación de que la expulsión del territorio podría conllevar graves riesgos para su integridad física o su vida, en la medida en que no se ha agotado la vía jurisdiccional previa.

CASSIRER V. FUNDACIÓN THYSSEN: ADQUISICIÓN POR USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA DE OBRA DE ARTE ROBADA DURANTE EL HOLOCAUSTO

CASSIRER V. FOUNDATION THYSSEN: ACQUISITION THROUGH EXTRAORDINARY ADVERSE POSSESSION OF A WORK OF ART STOLEN DURING THE HOLOCAUST

CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad Politécnica de Cartagena*

Recibido: 22.07.2016 / Aceptado: 26.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3266>

Resumen: La desestimación por el Juzgado del Distrito Central de California de la demanda formulada por Claude Cassirer contra la Fundación Thyssen y el Reino de España sobre la restitución de un cuadro del pintor impresionista Camille Pissarro, ilícitamente expropiado de sus propietarios judíos en el contexto del Holocausto, pone fin, por el momento, a un asunto de gran complejidad y dotado de importantes implicaciones históricas, culturales, políticas y jurídicas, finalmente resuelto mediante la aplicación de las normas que regulan la usucapión extraordinaria de bienes muebles en el Código Civil español. El análisis del caso revela la variedad de cuestiones jurídicas que han debido afrontarse con carácter previo, así como la existencia de problemas de fondo que quedan por resolver.

Palabras clave: bienes culturales, usucapión extraordinaria, prescripción, inmunidad soberana.

Abstract: The dismissal by the District Court of the Central District of California of the claim filed by Claude Cassirer against the Foundation Thyssen and the Kingdom of Spain for the restitution of a painting by the impressionist artist Camille Pissarro, illegally expropriated from its Jewish owners in the context of the Holocaust, brings to an end, at least for the moment, an affair of great complexity and with important historical, cultural, political and legal implications, which is finally resolved through the application of the rules of the Spanish Civil Code regarding the acquisition of movable assets by adverse possession in the absence of good faith. The analysis of the case shows the variety of legal issues that had to be previously dealt with, but also the existence of essential problems that have not been resolved..

Keywords: cultural assets, acquisition through extraordinary adverse possession, prescription, sovereign immunity.

Sumario: I. Los antecedentes del caso. II. El inicio de las acciones judiciales. Las cuestiones previas. 1. El debate sobre la jurisdicción de los Tribunales estadounidenses. 2. La regulación californiana en materia de prescripción extintiva de acciones relativas a obras de arte expoliadas. 3. La compensación recibida del Gobierno alemán y la pretendida renuncia de la familia Cassirer a los derechos sobre la pintura. III. La moción para el “juicio sumario” y la decisión del caso. 1. La elección de la ley aplicable. A) Normas de conflicto del Derecho común federal. B) El test del “interés gubernamental” de California. 2. Conforme a las normas españolas sobre usucapión, la Fundación Thyssen es la propietaria de la pintura. A) Posesión en concepto de dueño. B) Posesión de la pintura de forma pública, pacífica y no interrumpida. C) Posesión de la pintura durante el plazo legal. D) El art. 1956 del Código Civil español es inaplicable. E) Las normas españolas sobre usucapión no violan el Convenio Europeo de Derechos Humanos. 3. En la medida en que la modificación del § 338(c) del Código de Procedimiento Civil de California pudiera conducir a privar a la Fundación de

su derecho de propiedad sobre la pintura, la misma violaría el derecho de la Fundación a un proceso justo. IV. El debate de fondo: la usucapión como modo de adquirir la propiedad. Usucapión de mala fe, usucapión de bienes robados, y usucapión de bienes culturales. V. Conclusión y recomendaciones finales del Juez.

I. Los antecedentes del caso

1. Con fecha 4 de junio de 2015 el Juzgado del Distrito Central de California, presidido por el Honorable Juez de Distrito John F. Walter, dictó resolución por la que desestimaba la demanda interpuesta en su día por Claude Cassirer contra la Fundación “Colección Thyssen-Bornemisza” y contra el Estado español, y en la que se reclamaba la restitución del cuadro del pintor impresionista francés Claude Pissarro titulado *Rue St. Honoré, après midi, effet de pluie*¹. Se pone fin así, al menos por el momento², a un asunto de gran complejidad y dotado de importantes implicaciones históricas, culturales, políticas y jurídicas, cuyos antecedentes se relacionan con la expoliación de obras de arte sufrida por los judíos a manos del régimen nazi en los años 30 del pasado siglo, y cuya solución viene dada, en el presente caso, por la aplicación por parte de los Tribunales estadounidenses de las normas de Derecho español que regulan el fenómeno de la usucapión extraordinaria de bienes muebles. Sin embargo, para llegar a esta solución se han tenido que resolver diferentes cuestiones previas de gran interés relacionadas, por ejemplo, con la propia jurisdicción de los Tribunales estadounidenses, a la luz de las normas que establecen el principio de inmunidad de los Estados soberanos frente a las demandas judiciales, o con la determinación del Derecho aplicable; por otra parte, la decisión del Juzgado, si bien resuelve la cuestión desde el punto de vista estrictamente legal, deja abiertos no pocos interrogantes en el plano de la justicia material.

2. El pintor impresionista Camille PISSARRO pintó en 1897 el cuadro titulado *Rue Saint Honoré, après midi, effet de pluie*, que fue vendido en 1900 a Julius Cassirer, miembro de una prominente familia judía residente en Munich y dedicada al negocio del arte y al sector editorial³. La pintura pasó

¹ *Cassirer v. Thyssen Bornemisza Collection Foundation, Case No. CV 05-3459-JFW-E (C.D. Cal. June 4, 2015)*. El texto de la resolución se puede consultar en <http://www.commartrecovery.org/docs/CassirerCV05-3459OrderGrantingThyssenBornemiszasMotionJune-4-2015.pdf>.

² En los días posteriores a la publicación de la resolución la abogada de los demandantes, Laura Brill, anunció su intención de recurrir ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, en San Francisco, afirmando que la posición del Museo Thyssen era “moral y legalmente equivocada (...). Museos y Gobiernos de todo el mundo reconocen la necesidad de restituir el arte expoliado por los nazis a sus legítimos propietarios (...). El Museo no está haciendo lo correcto en este caso” (<http://triblive.com/usworld/nation/8550622-74/museum-painting-cassirer#axzz3d9If5aR7>; vid. también <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/northamerica/usa/11669551/Jewish-family-loses-court-battle-over-Pissarro-masterpiece-stolen-by-Nazis.html>). En febrero de 2016, la Fiscal General de California, Kamala Harris, anunció su intención de apelar la resolución (<http://timesofsandiego.com/crime/2016/02/05/states-attorney-general-weighs-in-on-l-a-looted-art-case/>), si bien el recurso se refiere a un aspecto colateral del asunto, sobre el que posteriormente volveremos. Por su parte, uno de los abogados de la Fundación demandada, Thaddeus J. Stauber, señaló en su momento que la decisión estaba bien fundada y que, aun cuando la misma fuera apelada, “entendemos que con ella se cierra el caso”. Mr. Stauber señaló que la resolución ponía de manifiesto que los Tribunales americanos estaban dispuestos a tener en cuenta la “completa historia de la pintura”, así como a reconocer la soberanía nacional y las leyes de otros países. Según Stauber, especialista en casos de restitución de obras de arte, “lo que resulta muy significativo de este caso es que los demandantes repetidamente han tratado de atraer estos casos a los Tribunales de Estados Unidos, pero los Tribunales han dicho que es necesario respetar las leyes de otros países”; y añade: “Un país no puede decidir convertirse en el Tribunal del mundo”. http://www.nytimes.com/2015/06/11/arts/design/judge-rejects-claim-for-a-pissarro-by-heirs-in-nazi-art-case.html?_r=0.

³ Sobre los antecedentes de hecho, además de los datos recogidos en la propia resolución de 4 de junio de 2015, pueden consultarse los siguientes trabajos: ARP, B., “Dos males, un bien no hacen: el asunto CASSIRER ante los Tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII/2, julio-diciembre 2011, pp. 161 a 177; CHAMBERLAIN, K., “Claude Cassirer v. Kingdom of Spain: The US Foreign Sovereign Immunity Act and its application to nazi-expropriated works of art”, *Art, Antiquity and Law*, vol. XI, Issue 4, December 2006, pp. 1 a 9; Courthouse News Service, 9 de diciembre de 2013 (<http://www.courthousenews.com/2013/12/09/63577.htm>); TOMPKINS, A., “Pissarro’s ‘Rue Saint-Honoré in the Afternoon, Effect of Rain’ and the laws applied to art restitution”, en <http://art-crime.blogspot.com.es/2015/06/pissaros-rue-saint-honore-in-afternoon.html>; O’DONNELL, N., “District Court dismisses Cassirer claim for Pissarro against Thyssen Bornemisza Collection by applying Spanish law of adverse possession”, en <http://blog.sandw.com/artlawre->

a su hijo Fritz, a quien heredó en 1926 su esposa Lilly. En 1939, ante la presión ejercida por el régimen nazi sobre los judíos, Lilly y su segundo marido, Otto Neubauer, decidieron abandonar Alemania y huir a Inglaterra. Con objeto de obtener los correspondientes visados de salida, Lilly Cassirer Neubauer se vio obligada a vender la pintura a un marchante de arte miembro del partido nazi, Jakob Scheidwimmer, que a cambio transfirió la cantidad de 900 Marcos Imperiales (alrededor de 360 dólares al cambio de la época, cantidad muy inferior a su valor real) a una cuenta bloqueada a la que Lilly nunca pudo acceder. Scheidwimmer vendió el cuadro a otro marchante de arte, de origen judío, llamado Julius Sulzbacher, que huyó con el cuadro a Rotterdam, donde fue confiscado por la Gestapo, que lo devolvió a Alemania. Al parecer, el cuadro fue vendido en 1943 a un comprador anónimo en la casa de subastas Lange de Berlín por el precio de 95.000 Marcos.

3. Terminada la guerra, Lilly Cassirer presentó una demanda en Alemania para la restitución de la pintura; sin embargo, ante la imposibilidad de localizar la misma, en 1958 llegó a un acuerdo con el Gobierno alemán para la obtención de una compensación pecuniaria. Lilly falleció cuatro años después, sin llegar a saber que la pintura había reaparecido en los Estados Unidos en 1951. En julio de ese año, el cuadro fue vendido al coleccionista Sydney Brody en Los Angeles, California, a través de los marchantes de arte M. Knoedler & Co., de Nueva York, y Frank Perls Gallery, de Beverly Hills, California. Aparentemente, Brody solo conservó la pintura durante unos meses antes de restituirla a la Frank Perls Gallery para su reventa; y así, en mayo de 1952 Sydney Schoenberg, un coleccionista de arte de St. Louis, Missouri, adquirió la pintura de M. Knoedler & Co., como depositario de la Frank Perls Gallery, por un precio de 16.500 dólares.

4. Más de veinte años después, el 18 de noviembre de 1976, el Barón Hans-Heinrich Thyssen-Bornemisza, de Lugano (Suiza), compró el cuadro a través del tratante de arte de Nueva York Stephen Hahn por 275.000 dólares. La pintura fue conservada como parte de la Colección Thyssen Bornemisza en Suiza hasta 1992, salvo en aquellas ocasiones en que fue exhibida en exposiciones fuera de ese país.

5. En 1988, el Barón Thyssen, actuando a través de una de sus entidades (*Favorita Trustees Limited*), llegó a un acuerdo con el Estado español para alquilar durante diez años su colección de arte, en la que se incluía la obra de Pissarro, a cambio de 50 millones de dólares. A raíz de dicho acuerdo, el Estado español creó la Fundación “Colección Thyssen-Bornemisza”, una fundación cultural privada y sin ánimo de lucro, para mantener, conservar, exponer y promover las obras integrantes de la colección. El Gobierno español se comprometió a exponer la colección en el Palacio de Villahermosa de Madrid, que fue restaurado y rediseñado para su nuevo destino como “Museo Thyssen-Bornemisza” con fondos aportados por el propio Estado español. El 22 de junio de 1992 el Museo recibió la pintura, y el 10 de octubre de 1992 se abrió al público incluyendo aquella como parte de la exposición.

6. Posteriormente, el Estado español manifestó su interés en adquirir la colección en propiedad. Para ello, el 18 de junio de 1993 se aprobó el Real Decreto-Ley 11/1993⁴, por el que se autorizaba al Gobierno a firmar un contrato por el que se permitía a la Fundación adquirir las 775 obras de arte que integraban la colección. De acuerdo con dicho Real Decreto-Ley, el 21 de junio de 1993 se celebró un contrato de venta entre el Reino de España, la Fundación, y *Favorita Trustees Limited*, por el que esta última vendía la colección a la Fundación. La compra, por un importe de 338 millones de dólares, fue íntegramente sufragada, también en este caso, por el Estado español.

port/2015/06/08/district-court-dismisses-cassirer-claim-for-pissarro-against-thyssen-bornemisza-collection-by-applying-spanish-law-of-adverse-possession/); RAY, K. P., “Cassirer v. Thyssen Bornemisza Collection Foundation: Application of Spanish law of adverse possession vests title to Pissarro Painting in Spanish Museum, not original owner’s heirs” (<http://www.gtlaw-culturalassets.com/2015/07/cassirer-v-thyssen-bornemisza-collection-foundation-application-of-spanish-law-of-adverse-possession-vests-title-to-pissarro-painting-in-spanish-museum-not-original-owners-heirs/>); MARTÍN ALARCÓN, J., “El Thyssen se niega a restituir un ‘Pissarro’ expoliado por los nazis” (<http://www.elmundo.es/la-aventura-de-la-historia/2014/09/24/53c7a0b-4ca474140208b4578.html>), con referencias a la obra de MELISSA MUELLER *Verlorene Bilder, verlorene Leben* (Cuadros perdidos, vidas perdidas), editado en Alemania por ELISABETH SANDMANN en 2009.

⁴ BOE de 19 junio 1993.

7. El cuadro de Pissarro ha permanecido en exposición pública en el Museo de la Fundación situado en Madrid desde su apertura, acaecida el 10 de octubre de 1992, salvo durante una exposición realizada fuera de España en 1996 y durante el período -desde octubre de 2013 hasta enero de 2014- en que fue prestada al Caixa Forum de Barcelona. Además, desde que la Fundación adquirió la pintura en 1993, su ubicación y la titularidad de la Fundación sobre la misma han sido identificadas en numerosas publicaciones especializadas. En la actualidad, la obra está asegurada por un importe de 9 millones de euros.

II. El inicio de las acciones judiciales. Las cuestiones previas

8. Ni Lilly Cassirer ni sus herederos trataron de localizar la pintura entre 1958 y finales de 1999; sin embargo, en el año 2000 el fotógrafo Claude Cassirer, nacido en 1921 y nieto de Lilly (quien lo había criado después de que su madre falleciera teniendo él cuatro años), descubrió que la misma estaba expuesta en el Museo Thyssen de Madrid. El 3 de mayo de 2001, Claude presentó una reclamación ante el Ministro español de Educación, Cultura y Deportes (que ocupaba la presidencia del órgano de gobierno de la Fundación) para la restitución del cuadro. La petición fue rechazada⁵, como también lo fueron otras solicitudes presentadas en los años siguientes desde distintas instancias sociales, culturales⁶, e incluso políticas⁷. El 10 de mayo de 2005, Claude Cassirer presentó una demanda ante el Juzgado de Distrito de su lugar de residencia en Estados Unidos, en el Distrito Central de California⁸, contra el Reino de España y contra la Fundación, solicitando la restitución de la pintura, o una indemnización de daños en el caso de que el Juzgado no pudiera ordenar dicha restitución⁹. A su muerte, ocurrida el 25 de septiembre de 2010, a la edad de 89 años, le habrían de sustituir en su posición procesal sus herederos, David y Ava Cassirer, y la “United Jewish Federation” del Condado de San Diego, en California.

1. El debate sobre la jurisdicción de los Tribunales estadounidenses

9. Inicialmente, los Tribunales estadounidenses hubieron de pronunciarse sobre las alegaciones de falta de jurisdicción presentadas por el Estado español y por la Fundación con base en la legislación

⁵ Al parecer, al recibir la petición de Cassirer la Fundación encargó la elaboración de un informe independiente sobre la procedencia de la pintura y sobre la historia de la familia Cassirer. A la vista de dicho informe, la Fundación comunicó a Claude Cassirer que su abuela Lilly había renunciado a cualquier pretensión de propiedad que su familia pudiera formular sobre la pintura en 1958, al aceptar la compensación acordada con el Gobierno alemán, una parte de la cual había sido recibida personalmente por el propio Claude. Teniendo en cuenta estos datos, así como el hecho de que tanto el Barón Thyssen como posteriormente la Fundación habían realizado sus respectivas adquisiciones de forma correcta, pública y con buena fe, se optaba por rechazar respetuosamente la reclamación (<http://artdaily.com/news/56309/U-S--District-Court-confirms-Thyssen-Bornemisza-Collection-Foundation-of-Spain-as-owner-of-artwork#.V3524Dd4zIN>).

⁶ Así, por ejemplo, en 2001 la Comisión para la Recuperación del Arte (*Commission for Art Recovery*), entidad afiliada al *World Jewish Congress* y creada en 1997 para apoyar los esfuerzos encaminados a garantizar la recuperación de las obras de arte expoliadas durante el Holocausto, también reclamó infructuosamente ante el Gobierno español. En la página web de dicha Comisión puede encontrarse amplia información y documentación sobre el caso Cassirer (<http://www.commartrecovery.org/cases/claude-cassirer-v-kingdom-spain-et-al>).

⁷ Como señala ARP (*op. cit.*, p. 163), Claude Cassirer, gracias a su condición de miembro del Partido Demócrata, logró involucrar al Gobierno de los Estados Unidos en su petición; y así, en 2003 cinco miembros del Congreso de los EEUU se dirigieron al Gobierno español para solicitar la restitución de la pintura. Las gestiones eran al principio públicas, aunque posteriormente se transformaron en contactos diplomáticos discretos, con los que se pretendía evitar que el asunto llegara a ser decidido por los Tribunales. El detalle de esas gestiones, conocido en parte gracias a las filtraciones de *Wikileaks*, y que incluía una propuesta de trueque entre el cuadro de Pissarro y el tesoro del barco “Nuestra Señora de las Mercedes”, localizado por la empresa *Odyssey*, es explicado por el propio ARP, *op. cit.*, pp. 173 y ss. Vid. también, en relación con este aspecto de la cuestión, <http://illicit-cultural-property.blogspot.com.es/2010/12/embassy-cables-discuss-odyssey-marine.html>; y TREMLETT, G., “Wikileaks cables: Art looted by Nazis, Spanish gold and an embassy offer”, en *The Guardian*, 8 de diciembre de 2010 (<https://www.theguardian.com/world/2010/dec/08/wikileaks-us-spain-treasure-art>).

⁸ Desde 1980 hasta el momento de su fallecimiento, Claude Cassirer vivió en La Mesa, cerca de San Diego, California.

⁹ CHAMBERLAIN, *op. cit.*, p. 1, quien enfatiza que el demandante nunca intentó recuperar la pintura acudiendo a los Tribunales españoles.

americana sobre inmunidad soberana frente a las reclamaciones judiciales¹⁰. En una resolución de 2006¹¹ el Juzgado de Distrito, presidido por el Juez Feess, rechazó tales alegaciones aplicando la Ley estadounidense sobre Inmunidad de Estados Extranjeros (*Foreign Sovereign Immunity Act, 28 U.S.C.*) de 1976 (FSIA), conforme a la cual la inmunidad frente a posibles demandas judiciales que, como regla, se reconoce a los Estados extranjeros no se da en los casos excepcionales previstos por la norma; entre ellos, la sección 1605(a)(3) contempla la llamada “excepción de expropiación”, conforme a la cual los Estados extranjeros (o sus entidades instrumentales) no gozan de inmunidad en aquellos asuntos relacionados con expropiaciones realizadas con violación del Derecho Internacional cuando la actuación de tales Estados (o de sus entidades instrumentales) no se enmarca en el ámbito de sus funciones soberanas, sino en el de una actividad comercial desarrollada en los Estados Unidos¹². Para fundamentar la aplicación de la citada excepción, el Juzgado hubo de rechazar las diferentes alegaciones planteadas por el Estado español y la Fundación, que se referían a tres cuestiones fundamentales:

10. a) En cuanto a la posibilidad de considerar la expropiación sufrida por Lilly Cassirer como un supuesto de violación del Derecho Internacional a los efectos de la FSIA, el Juzgado, rechazando los argumentos formulados por los demandados, entiende: que el texto de la norma no limita el ejercicio de la jurisdicción por parte de los Tribunales de EEUU a los casos en que la demanda se dirija contra el mismo Estado soberano que hubiera estado implicado en el expolio inicial, sino que alcanza también a los supuestos –como el actual– en que la demanda se dirija contra un tercer Estado que haya adquirido con posterioridad el bien de que se trate; que la expropiación, en el presente caso, debía considerarse realizada por un Estado soberano, y no por un particular, ya que había quedado acreditado que Scheidwimmer, como miembro del partido nazi, había actuado como agente del Gobierno alemán; que la existencia de una violación del Derecho Internacional no podía descartarse con base en el hecho de tener Lilly Cassirer la nacionalidad alemana (pese a que, según reconoce el Tribunal, la expropiación por un Estado soberano de la propiedad de sus nacionales no viola el Derecho Internacional), ya que, según las leyes alemanas sobre ciudadanía vigentes en la época, las personas de origen judío, como Lilly, no podían ser consideradas como ciudadanos alemanes; que la literalidad de la § 1605(a)(3) FSIA –a diferencia de lo que sucede en otros supuestos– no permite supeditar el ejercicio de la jurisdicción, en las hipótesis contempladas por la norma, al previo agotamiento por el demandante de los recursos judiciales existentes en el país donde los bienes estén situados; y que, en esta fase inicial del procedimiento, y a efectos de afirmar el ejercicio de la jurisdicción por los Tribunales, la expropiación padecida por Lilly podía ser considerada como una efectiva violación del Derecho Internacional, ya que se había acreditado que el expolio había sido discriminatorio y sin justa compensación¹³.

11. b) Respecto a la consideración de la Fundación Thyssen –actual poseedora de la pintura– como una entidad instrumental del Estado español, a los efectos de la FSIA, el Juzgado tiene en cuenta

¹⁰ Para más información sobre esta fase del procedimiento y sobre los argumentos manejados en los Tribunales estadounidenses para afirmar su jurisdicción sobre los demandados, vid. CHAMBERLAIN, *op. cit.*, pp. 1 y ss.; y ARP, *op. loc.*, pp. 162 y ss., quien recuerda la posibilidad de acceder a toda la información sobre el proceso a través del sitio web del Tribunal Supremo estadounidense (<http://www.supremecourt.gov>), y a través del siguiente blog de seguimiento de la jurisprudencia del mismo Tribunal (<http://www.scotusblog.com/case-files/cases/kingdom-of-spain-et-al-v-estate-of-claude-cassirer/>).

¹¹ *Cassirer v. Kingdom of Spain and the Foundation Thyssen-Bornemisza*, US District Court, 461 F. Supp.2d 1157 (C.D. Cal. 2006). Se puede consultar en <https://casetext.com/case/cassirer-v-kingdom-of-spain-3>.

¹² Los detalles de esta resolución pueden encontrarse en CHAMBERLAIN, *op. cit.*, pp. 1 y ss., a quien seguimos en la exposición. Literalmente, la norma dispone que un Estado extranjero no goza de inmunidad de jurisdicción en los asuntos “*in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States*”. Se trata de la llamada “excepción de expropiación” respecto al principio de inmunidad soberana, cuya aplicabilidad a las reclamaciones basadas en los expolios practicados por los nazis fue confirmada por el Tribunal Supremo de los EEUU en el caso *Altmann v. Republic of Austria*, y que desde entonces ha servido de base para la resolución de numerosos casos (O’DONNELL, *op. cit.*, p. 2).

¹³ El Juez basa su decisión sobre este aspecto en el “*US Restatement of Foreign Relations Law*”, conforme al cual la expropiación por un Estado de la propiedad de un nacional de otro Estado implica violación del Derecho Internacional cuando no responde al interés general, es discriminatoria, o no va acompañada de una justa compensación; CHAMBERLAIN, *op. cit.*, p. 3.

las siguientes circunstancias: que el Estado español había preparado, firmado y financiado el contrato original por el que se arrendaba la colección Thyssen, en la que se integraba la pintura; que España también había pagado posteriormente la cantidad adicional de 327 millones de dólares para la compra de la colección; que España había facilitado el Palacio de Villahermosa como sede para su instalación y exposición, y había pagado igualmente el coste de su adaptación a tal fin; que dos tercios de los miembros del órgano de gestión de la Fundación debían ser representantes del Estado, cuya designación y remoción correspondía al Gobierno español; y que muchos de los ministros del propio Gobierno formaban parte de dicho órgano de dirección.

12. c) Sobre la posibilidad de afirmar que el Estado español y/o la Fundación hubieran estado involucradas en actividades económicas en los Estados Unidos, el Juzgado tiene en cuenta que, a estos efectos, lo relevante no son los motivos o finalidades perseguidas (en particular, el hecho de que la actividad en cuestión responda o no a un ánimo de lucro), sino el hecho de que se trate de un tipo de actividad comercial en el que típicamente pueden verse involucrados los particulares; que la excepción es aplicable, no solo cuando exista una actividad comercial continua y sistemática, sino también cuando se trate de actos de comercio específicos; y no solo cuando se trate de actividades comerciales íntegramente desarrolladas en los Estados Unidos, sino también cuando se trate de actos comerciales que tengan un “contacto sustancial” con los Estados Unidos. En el caso de la Fundación Thyssen, el Juzgado da por acreditado que la misma se había visto involucrada en diferentes actividades susceptibles de ser calificadas como “comerciales” y conectadas con los Estados Unidos, incluyendo, p. ej., compras y ventas de bienes (libros, pósters, reproducciones autorizadas de obras de arte, venta *on line* de tickets de acceso al Museo, etc.), y otros acuerdos con Museos, instituciones y empresas de ese país (préstamo de obras de arte, contratación de conferenciantes procedentes de instituciones americanas, contratos de publicidad, etc.). En particular, se destaca la existencia de numerosos actos y contratos que habían tenido por objeto la venta a residentes en Estados Unidos de reproducciones de la propia pintura de Pissarro y de otras mercancías relacionadas con la misma.

13. A la vista de los razonamientos expuestos, en definitiva, el Juzgado de Distrito llegaba a la conclusión de que se daban todos los requisitos exigidos para la aplicación de la excepción contemplada en la § 1605(a)(3) de la FSIA y que, por tanto, debía afirmarse la jurisdicción del propio Juzgado para conocer la demanda presentada. El recurso presentado ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los EEUU fue rechazado por una resolución de 8 de septiembre de 2009¹⁴; sin embargo, los recurrentes presentaron una moción de recusación contra los Jueces que habían resuelto el caso, por lo que se decidió repetir el juicio. Con fecha 12 de agosto de 2010 se resolvió nuevamente el recurso de apelación rechazando una vez más las alegaciones fundadas en la doctrina de la inmunidad soberana y confirmando, en consecuencia, la jurisdicción de los Tribunales estadounidenses sobre España y sobre la Fundación¹⁵;

¹⁴ *Cassirer v. Kingdom of Spain and the Foundation Thyssen-Bornemisza*, 580 F. 3d 1048, Tribunal de Apelaciones de EEUU, Noveno Circuito. La resolución se puede consultar en <http://www.commartrecovery.org/docs/Cassirer.9th%20Circuit.06-56325.pdf>.

¹⁵ *Cassirer v. Kingdom of Spain and the Foundation Thyssen-Bornemisza*, 590 F. 3d 981, Tribunal de Apelaciones de EEUU, Noveno Circuito. La resolución se puede consultar en <https://www.courtlistener.com/opinion/152927/cassirer-v-kingdom-of-spain/>; o en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2010/08/12/06-56325.pdf>. En este caso la revisión del Tribunal se centró, por razones procedimentales, en tres de los argumentos alegados por España y la Fundación, que fueron desestimados (ARP, *op. cit.*, pp. 164-165): que la excepción de expropiación solo es aplicable cuando la demanda se dirige contra el mismo Estado que realizó la expropiación con violación del Derecho Internacional, y no cuando el demandado es un Estado que adquirió la propiedad con posterioridad; que la Fundación no había desarrollado una actividad comercial en Estados Unidos que pudiera justificar la excepción a la inmunidad; y que no se habían agotado los recursos disponibles en la jurisdicción interna de España o, en su caso, de Alemania. Se trata de la primera decisión sobre el tema adoptada por un Tribunal de Apelación, y dio lugar a alguna controversia (<http://www.sandw.com/assets/htmldocuments/CLIENT%20ADV.%20-%20Expanding%20Jurisdiction%20and%20Contracting%20Claims%20B1302785.PDF>). La misma daba continuidad en la jurisprudencia de los Tribunales estadounidenses a una tendencia (iniciada en el Noveno Circuito, y luego confirmada por el Tribunal Supremo en 2004 en el caso *Altmann v. Republic of Austria*, en la que se estableció por primera vez que la FSIA podía ser aplicada con carácter retroactivo, precisamente a propósito de reclamaciones procedentes de la época de la guerra y relativas a obras del pintor Gustav Klimt) favorable a dar solución a reclamaciones relacionadas con expolios producidos durante la guerra. Del mismo modo que el caso *Altmann* cogió a muchos por sorpresa, lo mismo ha sucedido con el caso *Cassirer*; antes del cual la opinión general entre

decisión que devino firme al rechazarse por resolución de 27 de junio de 2011 la subsiguiente petición de *certiorari* formulada por los demandados ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos¹⁶.

14. Tras afirmarse definitivamente la jurisdicción de los Tribunales estadounidenses para conocer del caso, este fue reenviado al Juzgado de Distrito, pero en agosto de 2011 los herederos de Cassirer –que para entonces habían sustituido a este en su posición procesal-, inesperadamente, desistieron de la reclamación dirigida contra el Estado español, al parecer como consecuencia de la presiones ejercidas en ese sentido por el Departamento de Estado norteamericano; en consecuencia, el procedimiento habría de seguirse en lo sucesivo únicamente contra la Fundación Thyssen.

2. La regulación californiana en materia de prescripción extintiva de acciones relativas a obras de arte expoliadas

15. La segunda cuestión sobre la que han tenido que pronunciarse los Tribunales estadounidenses antes de entrar en el fondo del caso tiene que ver con la posible inconstitucionalidad del régimen vigente en el estado de California acerca de la prescripción de las acciones encaminadas a la recuperación de obras de arte expoliadas. En el momento de su presentación (2005), la viabilidad de la demanda de Cassirer encontraba su fundamento en el régimen por entonces vigente en California a propósito de la prescripción de acciones encaminadas a la recuperación de obras de arte expoliadas durante la época del Holocausto, que permitía a los demandantes presentar su demanda hasta finales de 2010 (§ 354.3 del Código de Procedimiento Civil de California)¹⁷. Sin embargo, en agosto de 2009 el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, al resolver el caso *von Saher*¹⁸, declaró la inconstitucionalidad de dicha norma, por entender que la misma pretendía convertir a California en un “foro mundial para la resolución de demandas relacionadas con la restitución de expolios producidos durante la época del Holocausto”; propósito que el Tribunal consideraba loable, pero que suponía una intromisión en la competencia exclusiva, constitucionalmente reconocida al Gobierno federal, para resolver los asuntos de política exterior.

16. El legislativo de California respondió en 2010 mediante la modificación de la § 338(c) del Código de Procedimiento Civil de dicho estado –que establece el plazo general de prescripción de tres años aplicable a las acciones relativas a bienes muebles–, con objeto de ampliar a seis años el plazo para

los museos y los estudiosos había sido la de que la FSIA estaba dirigida solo contra los infractores, es decir, contra los Estados soberanos que habían violado el Derecho Internacional. La decisión cuenta con el voto particular del Juez Gould, para quien el Tribunal debería haber rechazado su jurisdicción en este caso, teniendo en cuenta que España no había estado involucrada en modo alguno en el expolio realizado por el régimen nazi, por lo que no hay razones para privarle de su inmunidad conforme a la FSIA, al tiempo que se pone en cuestión su derecho constitucional a un proceso justo; además, entiende el Juez disidente que, habida cuenta de las importantes implicaciones diplomáticas del asunto, se debería haber planteado la correspondiente consulta al Departamento de Estado; ARP, *op. cit.*, p. 166. Una referencia a esta resolución puede verse también en RAY (*op. cit.*, p. 2), quien destaca la incidencia que la misma ha tenido a la hora de clarificar algunos aspectos de la “excepción de expropiación” de la FSIA, especialmente el principio según el cual el Estado contra el que se dirige la demanda –y actual poseedor del bien– no tiene que ser el mismo que realizó la expropiación del bien (cuestión sobre la que, según el autor, no todos los Tribunales están de acuerdo); o la idea de que la FSIA no exige que el demandante haya agotado los remedios “locales” antes de plantear la demanda.

¹⁶ Se trata de una petición encaminada a conseguir que un Tribunal superior (singularmente, el Tribunal Supremo) revise la decisión de un Tribunal inferior en aquellos casos donde legalmente no cabe recurso de apelación. Más información sobre esta decisión del TS puede encontrarse en <http://www.sandw.com/assets/htmldocuments/CLIENT%20ADV.%20-%20Expanding%20Jurisdiction%20and%20Contracting%20Claims%20B1302785.PDF>.

¹⁷ La norma había sido modificada en 2002 con objeto de ampliar el plazo general de prescripción hasta entonces aplicable (tres años desde el hallazgo de la pieza) precisamente en relación con los expolios realizados en el contexto del Holocausto. Más información al respecto en O'DONNELL (*op. cit.*, p. 3); GARCÍA VEGA, M. A., “El Museo Thyssen no devolverá el ‘Pissarro’ expoliado por los nazis”, *El País*, 15 de junio de 2015 (http://cultura.elpais.com/cultura/2015/06/15/actualidad/1434373172_864135.html); <http://www.commartrecovery.org/docs/CourtDismissesCassirerSuit.pdf>; y <http://www.sandw.com/assets/htmldocuments/CLIENT%20ADV.%20-%20Expanding%20Jurisdiction%20and%20Contracting%20Claims%20B1302785.PDF>.

¹⁸ Caso *von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena*. El Tribunal Supremo de los EEUU rechazó la revisión de tal decisión en una resolución dictada el 27 de junio de 2011. Los detalles del caso pueden ser consultados en <http://www.sandw.com/assets/htmldocuments/CLIENT%20ADV.%20-%20Expanding%20Jurisdiction%20and%20Contracting%20Claims%20B1302785.PDF>.

el ejercicio de acciones contra “museos, galerías, empresas de subastas o marchantes de arte para la recuperación de obras de arte expoliadas después de 1910”; plazo que habría de contarse desde el momento en que los demandantes llegasen a adquirir un efectivo conocimiento de los elementos esenciales de la demanda. A diferencia de la norma preexistente, la nueva ley no hacía referencia expresa al Holocausto, ni limitaba su alcance a las demandas relacionadas con el mismo o con la Segunda Guerra Mundial; al mismo tiempo, se extendía su ámbito de aplicación a todos los casos pendientes –incluyendo los casos *von Saher* y *Cassirer*– que entraban en el ámbito de aplicación de la ley anterior.

17. La Fundación, actuando ya como única demandada, presentó una moción para la desestimación de la demanda, argumentando que, del mismo modo que la reforma de 2002 había sido declarada inconstitucional en el caso *von Saher*, también la reforma operada en 2010 invadía la competencia exclusiva del Gobierno federal para dirigir los asuntos exteriores. Adicionalmente, la Fundación argumentaba que la previsión relativa a la aplicación retroactiva de la § 338(c) violaba sus derechos a un proceso justo conforme a la Primera y a la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de EEUU.

18. En su resolución de 24 de mayo de 2012, el Juzgado del Distrito Central de California (presidido por el Juez Gary Feess) dio la razón a la Fundación y desestimó la demanda. Sin aludir a los restantes argumentos planteados, consideró que las modificaciones introducidas en la § 338(c) eran “funcionalmente equivalentes” a la § 354.3, en el sentido de que las mismas iban encaminadas a convertir California en un “foro amistoso” para las demandas de restitución relacionadas con el Holocausto. Tras calificar la aprobación de dichas modificaciones como un intento de eludir la decisión del caso *von Saher*, el Juzgado señalaba que el nuevo régimen de la prescripción perseguía un “propósito idéntico” al de la § 354.3, “pese a haber sido redactado de forma distinta, en un intento de aparecer como una norma de general aplicación”. De este modo, consideraba el Juzgado que California había invadido de forma indebida la competencia exclusiva constitucionalmente atribuida al Gobierno federal para dirigir los asuntos exteriores, creando “un remedio para los desmanes ocurridos durante la guerra a través de los Tribunales de California”¹⁹; en consecuencia, se consideraba aplicable a la acción ejercitada por Cassirer el plazo general de prescripción de tres años²⁰.

19. Presentado recurso ante el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, este vuelve a abrir el caso con la resolución de 9 de diciembre de 2013, por la que se revoca la decisión apelada y se reenvía el asunto al Juzgado de Distrito²¹. En palabras del Juez Harry Pregerson, ponente de la resolución, la ley de California, tras su última modificación, “*extiende el plazo de prescripción para las demandas preexistentes referidas a un tipo de obras de arte que no tienen relación alguna con los asuntos exteriores*”, “*y no exige que tales acciones deriven de expolios ocurridos durante la guerra, o de cualquier otro origen específico que pudiera implicar la competencia del Gobierno federal en materia de asuntos exteriores*”. Recuerda asimismo que, pese a que el proceso Cassirer se había iniciado antes de la reforma legal, esta extendía su ámbito de aplicación a “*cualesquiera acciones pendientes que no hubieran sido definitivamente resueltas o respecto de las cuales no hubiera transcurrido el plazo para su apelación*”. Se añade que la Fundación no había demostrado que el plazo de prescripción de seis años implicase una lesión de sus derechos constitucionales, y señala, finalmente, que su alegación basada en el derecho a un proceso justo no puede ser resuelta en el marco de una moción para la desestimación.

¹⁹ Destaca la resolución, en este sentido, que las modificaciones habían sido diseñadas en respuesta a la resolución del caso *von Saher*, y que la “idea” había procedido de los propios asesores de *von Saher*.

²⁰ *Courthouse News Service*, cit.

²¹ *Cassirer v. Thyssen Bornemisza Collection Foundation*, 737 F.3d 613, 618-619 (9th Cir. 2013). La resolución puede consultarse en <http://www.commartrecovery.org/docs/CassireretalvThyssen-BornemiszaCollection-1.pdf>. Vid. noticia en *Los Angeles Times* de 11 de diciembre de 2013 (<http://www.latimes.com/entertainment/arts/culture/la-et-cm-pissarro-painting-nazi-20131211-story.html>) y en <http://www.courthousenews.com/2013/12/09/63577.htm>.

3. La compensación recibida del Gobierno alemán y la pretendida renuncia de la familia Cassirer a los derechos sobre la pintura

20. Uno de los argumentos reiteradamente manejados por los demandados desde el inicio y a lo largo de todo el litigio ha sido la consideración según la cual la compensación satisfecha en 1958 a Lilly Cassirer por parte del Gobierno alemán debía interpretarse como una renuncia implícita de aquella a la recuperación material de la pintura²². Según declaraciones de Thaddeus Stauber, uno de los abogados de la Fundación Thyssen²³, la negociación de dicho acuerdo había llevado diez años, durante los cuales Lilly Cassirer había estado representada por consejeros legales muy respetados, y finalmente había recibido el íntegro valor de mercado de la pintura. Stauber también señaló que la familia Cassirer no había realizado ningún esfuerzo para reclamar la obra después del acuerdo, pese a que la misma había estado en poder de importantes coleccionistas de los Estados Unidos y posteriormente había permanecido en exposición pública en uno de los más populares museos de España durante casi veinticinco años. Por su parte, Claude Cassirer sostuvo en su momento que él no tenía ningún motivo para buscar la pintura, ya que pensaba que la misma se había perdido o destruido; y que, en todo caso, la familia Cassirer nunca entendió que el acuerdo obtenido con el Gobierno alemán excluyera la posibilidad de reclamar la pintura si esta llegaba a reaparecer. A raíz de la demanda presentada por Claude Cassirer, el Gobierno alemán declaró que sí, como consecuencia del litigio iniciado, España se veía obligada a restituir la pintura, Alemania reclamaría a su vez la devolución de la indemnización abonada en su día²⁴; solución que se mostró dispuesta a aceptar la familia Cassirer.

21. En cualquier caso, en una resolución de 13 de marzo de 2015²⁵ el propio Juez Walter decidió en contra de la interpretación de la Fundación acerca del acuerdo de 1958, señalando que, al aceptarlo, Lilly Cassirer no estaba renunciando a la propiedad o al derecho a recuperar la pintura; y citaba a tal efecto determinadas decisiones de los Tribunales superiores alemanes dictadas a propósito de un caso similar relacionado con la propiedad de determinadas obras robadas por los nazis.

III. La moción para el “juicio sumario” y la decisión del caso

22. El contenido esencial de la resolución dictada por el Juzgado del Distrito Central de California con fecha 4 de junio de 2015 es la estimación de la moción de juicio sumario (*summary judgment*) formulada por la parte demandada²⁶. Se trata de una moción que permite al Tribunal, ante la falta de fundamento probatorio de las alegaciones formuladas de contrario, poner fin al procedimiento dictando una resolución sobre el fondo del asunto, susceptible de ser apelada. En particular, la moción procede cuando se constata que no existe disputa sobre cuestiones de hecho que sean relevantes para la solución del caso, por lo que el solicitante pretende que se dicte resolución sobre las cuestiones de derecho²⁷.

²² Vid. nota de prensa emitida por el propio Museo Thyssen con fecha 31 de mayo de 2013 (<http://ep00.epimg.net/descargables/2013/05/31/1d4841ce1ddcfbe73a4d143168ccda34.pdf>).

²³ Cfr. WILKENS, J., “Descendant fighting for art stolen in WWII”, en *The San Diego Union-Tribune*, 18 de julio de 2015 (<http://www.sandiegouniontribune.com/news/2015/jul/18/pissarro-painting-nazi/>). La compensación satisfecha por el Gobierno alemán a la familia Cassirer alcanzó la cifra de 120.000 marcos alemanes (unos 13.000 dólares), si bien aquellos tuvieron que ceder una parte de esa suma a la heredera de Julius Sulzbacher; ARP, *op. cit.*, p. 171, donde el autor subraya la escasa atención que los Tribunales estadounidenses han prestado al hecho de que el Gobierno alemán ya hubiera satisfecho una indemnización por la pérdida del cuadro.

²⁴ ARP, *op. cit.*, p. 172.

²⁵ Citada en la propia resolución de 4 de junio de 2015, donde se reitera la decisión.

²⁶ Simultáneamente, la resolución desestimaba la moción de adjudicación sumaria (*summary adjudication*) presentada por la parte demandante con objeto de obtener una resolución por la que se declarase que el Derecho sustantivo del Estado de California es el aplicable para la decisión sobre el fondo del asunto, y que el Derecho español no lo es. Se trata, en este caso, de una moción que, de ser estimada, permite al Tribunal, a partir de la constatación de que las alegaciones formuladas de contrario carecen de fundamento probatorio, resolver sobre un aspecto concreto del proceso, determinando que este ha de continuar para juzgar sobre el resto de cuestiones.

²⁷ O'DONNELL, *op. loc. cit.*

23. En el presente caso, la Fundación presentó la moción para el “juicio sumario” basándose en tres consideraciones: 1) que conforme al Derecho suizo y al Derecho español, la Fundación es la propietaria del cuadro; 2) que la § 338(c) del Código de Procedimiento Civil de California, modificado en 2010, infringe el derecho de la Fundación a un proceso justo, en la medida en que la vendría a privar retroactivamente de los derechos adquiridos; y 3) que las pretensiones de la parte demandante están prescritas. El Juez, basándose en los hechos no controvertidos, concluye que la Fundación es propietaria de la pintura conforme a las normas de Derecho español que regulan la usucapión o prescripción adquisitiva (*adverse possession*); y considera innecesario, en consecuencia, entrar a valorar si previamente el Barón Thyssen había llegado a adquirir la propiedad por usucapión conforme al Derecho suizo (con lo que habría proporcionado el correspondiente justo título a la Fundación), o si las pretensiones de los demandantes están prescritas.

1. La elección de la ley aplicable

24. Como cuestión previa, el Juez ha de decidir si la pretensión de la Fundación demandada de haber adquirido la propiedad de la pintura por usucapión debe ser resuelta conforme al Derecho de California o al Derecho español. Para ello, debe establecerse primero si deben aplicarse las normas de conflicto de California o las del Derecho común federal de Estados Unidos. Pese a que, en principio, el criterio jurisprudencial debería apuntar a la aplicación de las normas de conflicto federales, el Juez, extremando la prudencia, decide realizar el correspondiente análisis atendiendo tanto a las normas federales como a las del estado de California.

A) Normas de conflicto del Derecho común federal

25. El Derecho federal de EEUU sigue en este punto el criterio establecido en el “Restatement (Second) of Conflict of Laws”, que constituye un resumen de los criterios jurisprudenciales prevalentes en la materia²⁸. Concretamente, la § 222 establece el principio general en materia de conflicto de leyes aplicable a los derechos sobre bienes muebles e inmuebles, atribuyendo preferencia al Derecho del Estado que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, tenga la relación más significativa con la cosa y con las partes atendiendo a los factores previstos en la § 6, que alude a:

- a) las necesidades de los sistemas interestatal e internacional,
- b) las políticas relevantes del foro,
- c) las políticas relevantes de otros Estados interesados y los correspondientes intereses de esos Estados en la resolución de la cuestión concreta,
- d) la protección de las expectativas justificadas,
- e) las políticas básicas que subyacen al concreto ámbito del Derecho,
- f) la certidumbre, predictibilidad y uniformidad de resultado, y
- g) la mayor facilidad en cuanto a la determinación y aplicación del Derecho que ha de ser aplicado.

26. Además de estos principios generales, el “Restatement” también recoge normas particulares de conflicto para cuestiones legales específicas que han sido desarrolladas por los Tribunales a partir de los factores previstos en la § 6. Concretamente, la § 246 establece la regla especial de conflicto aplicable a las pretensiones relativas a la adquisición por usucapión o prescripción de derechos sobre bienes muebles, en la que se atiende al Derecho del Estado donde el bien se encontraba en el momento en que pretendidamente la adquisición tuvo lugar. El fundamento de la regla (tal como resulta de los comentarios al propio “Restatement”) reside en el hecho de que el Estado donde el bien se encuentra

²⁸ O'DONNELL, *op. cit.*, p. 3; RAY, *op. cit.*, p. 3.

tiene un interés dominante en la determinación de las circunstancias bajo las cuales los derechos sobre ese bien han de entenderse transferidos por usucapión o prescripción; en consecuencia, el Derecho de dicho Estado debe ser aplicado para determinar si la transmisión se ha producido y cuál es la naturaleza del derecho transmitido.

27. Aplicando tales reglas y principios, el Juez llega a la conclusión de que, conforme al Derecho común federal, el Derecho español es el aplicable a la pretensión de la Fundación de haber adquirido por usucapión la propiedad de la pintura, teniendo en cuenta que en materia de propiedad tiene una considerable importancia la protección de las expectativas justificadas de las partes, y que la ubicación de la cosa juega un importante papel en la determinación de la ley aplicable a la transmisión de derechos sobre bienes muebles tangibles: aplicar la ley del Estado donde se encontraba la cosa en el momento en que pretendidamente tuvo lugar la transmisión facilita la identificación de la norma aplicable y proporciona certidumbre, predictibilidad y uniformidad de resultado.

28. Además, sigue señalando la resolución, en el presente caso la pintura ha estado en posesión de la Fundación (una entidad instrumental del Reino de España), y ha estado localizada en Madrid, España, durante más de veinte años. Frente a la significativa relación de la pintura con España y con la Fundación, la relación de California con la pintura y con las partes se limita a los siguientes hechos: a) Claude Cassirer se trasladó a California en 1980; b) la Frank Perls Gallery de Beverly Hills, California, facilitó la venta de la pintura a Sydney Brody en Los Angeles, California, en 1951; y c) menos de un año después, en Mayo de 1952, la Frank Perls Gallery, de Beverly Hills, California, estuvo implicada en la venta de la pintura a Sydney Schoenberg, de St Louis, Missouri. De ello se sigue que, si bien la relación de los demandantes con California es significativa, la relación del cuadro con California no lo es. En consecuencia, tras sopesar los distintos factores en juego, el Juez concluye que España tiene la relación más significativa con la pintura y con las partes, por lo que la Ley española debe regir la pretensión de la Fundación de haber adquirido la propiedad por usucapión.

A) El test del “interés gubernamental” de California

29. El Juez concluye igualmente que la aplicación de las normas de conflicto del estado de California conduciría al mismo resultado, es decir, que la Ley española debe regir la pretensión de la Fundación sobre la adquisición de la propiedad del cuadro por usucapión. Para la resolución de los conflictos de leyes, en California se aplica el llamado “test del interés gubernamental”, en el que se siguen tres pasos²⁹: en primer lugar, se debe determinar si el Derecho relativo al asunto concreto en cada una de las jurisdicciones potencialmente afectadas es el mismo o es diferente; en segundo lugar, si existe alguna diferencia, se debe examinar el interés de cada jurisdicción en la aplicación de su propia ley, a tenor de las circunstancias del caso concreto, para determinar si existe un verdadero conflicto; en tercer lugar, si se concluye que existe un verdadero conflicto, se debe proceder a valorar y comparar cuidadosamente la naturaleza e intensidad del interés de cada jurisdicción en la aplicación de su propia ley para determinar cuál de esos intereses se vería más perjudicado si su regla se viera subordinada a la regla del otro Estado y, en definitiva se aplicará la ley del Estado cuyo interés se vería más perjudicado si su ley no fuera aplicada.

30. a) En primer lugar, el Juez concluye que la Ley española difiere de la Ley de California en lo que se refiere a la adquisición de la propiedad mobiliaria por usucapión o prescripción. California no aplica la doctrina de la usucapión a la propiedad mobiliaria; en cambio, España ha promulgado leyes que expresamente permiten la adquisición de la propiedad sobre bienes muebles por usucapión; según el art. 1955 del CC español, “*el dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe. También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición (...)*”.

²⁹ Sobre el tema, vid. RAY, *op. cit.*, p. 3.

31. b) En segundo lugar, el Juez confirma que existe un verdadero conflicto, es decir, que cada jurisdicción tiene un interés propio en que se aplique su propio Derecho. Para ello deben examinarse las razones de la política legislativa que subyacen a cada una de las legislaciones. En general, las normas relativas a la usucapión de bienes muebles sirven a importantes razones de certidumbre en cuanto a los títulos, protegiendo a los demandados frente a pretensiones extemporáneas, e incentivando a los demandantes para “no dormirse sobre sus derechos”. España tiene incuestionablemente un interés en atender a estos objetivos de política legislativa aplicando sus normas sobre usucapión a la pretensión de propiedad de la Fundación, especialmente si se tiene en cuenta que esta es una entidad instrumental del Reino de España, y que la pintura ha estado localizada dentro de sus fronteras durante más de veinte años.

32. Del mismo modo, California incuestionablemente tiene interés en aplicar su ley a la presente demanda. La decisión de California de no extender la doctrina de la usucapión a los bienes muebles reconoce las dificultades que han de afrontar los propietarios para descubrir el paradero de los bienes muebles, incluso cuando estos son poseídos abierta y notoriamente, y sirve para proteger los intereses del “legítimo propietario” frente a subsiguientes poseedores. También sirve para incentivar a los subsiguientes compradores a la hora de determinar quién es el verdadero propietario de los bienes antes de comprarlos. El interés de California por atender a estos objetivos de política legislativa es especialmente importante en relación con las obras de arte robadas. De hecho, recuerda el Juez que en 2010 el legislativo de California modificó sus normas en materia de prescripción de acciones sobre bienes muebles precisamente con objeto de reforzar los instrumentos para la recuperación de obras arte robadas. Así, mediante la reforma del § 338 del Código de Procedimiento Civil de California se extiende retroactivamente el plazo de prescripción para la recuperación de obras de arte de tres a seis años si la acción se dirige contra un museo, galería, casa de subastas o tratante de arte, y se precisa que el plazo no empieza a correr hasta el descubrimiento real –ya no presunto–, tanto de la identidad como del paradero de la obra y de la información necesaria para sostener una demanda de propiedad. Al modificar la Ley, el legislativo californiano expresamente había declarado: 1) que el interés de California en determinar la verdadera propiedad de las obras de arte es una cuestión tradicional de competencia, responsabilidad y preocupación estatal; 2) dado que las obras de arte con frecuencia circulan en el mercado privado durante años antes de pasar a las colecciones de museos y galerías, las actuales normas en materia de prescripción suponen con frecuencia un obstáculo procesal injusto para la recuperación de estas obras por parte de quienes pretenden ser sus verdaderos propietarios; y 3) la aplicación de las normas en materia de prescripción y cualesquiera otras defensas frente a acciones dirigidas a la recuperación de obras de arte debería proporcionar incentivos para la investigación y publicación de información sobre el origen de tales obras, con objeto de facilitar la rápida y justa resolución de las reclamaciones.

33. Además, sigue diciendo la resolución, California tiene un interés legítimo en aplicar sus normas en materia de bienes muebles a los “verdaderos propietarios” que residen dentro de sus fronteras. Dado que Claude Cassirer residió en California desde 1980 hasta el momento de su muerte en septiembre de 2010, descubrió el paradero de la pintura cuando era residente en California, y ejerció igualmente esta acción cuando era residente en California, California tiene un claro interés en la aplicación de sus normas en materia de usucapión y de arte robado en este caso. En consecuencia, el Juez concluye que ambas jurisdicciones (España y California) tienen interés en que se apliquen sus respectivas normas.

34. c) En tercer lugar, el Juez entiende que el interés de España se vería sustancialmente más perjudicado si su regla se viera subordinada respecto a la de California. En el tercer paso del test del “interés gubernamental” de California, el Tribunal debe evaluar y comparar cuidadosamente la naturaleza e intensidad del interés de cada jurisdicción en la aplicación de su propia ley para determinar qué interés resultaría más perjudicado si su regla se viera subordinada a la regla del otro Estado. Para llevar a cabo esta evaluación, el Tribunal Supremo de California³⁰ ha establecido: *“Es importante tener en cuenta que el Tribunal no ‘sopesa’ los intereses gubernamentales en conflicto en el sentido de determinar cuál de las*

³⁰ Caso *McCann v. Foster Wheeler LLC*, 48 Cal.4th 68 (2010).

leyes en conflicto refleja la 'mejor' o 'más valiosa' política social en relación con el asunto específico. El intento de comparar las políticas estatales en conflicto en este sentido sería difícilmente justificable en el contexto de un sistema federal en el que, dentro de los límites constitucionales, los estados tienen competencia para modelar sus políticas tal como deseen. En cambio, el proceso puede ser correctamente descrito como un problema de atribución de ámbitos de competencia legislativa en contextos multiestatales –mediante la determinación de los límites adecuados en el alcance de las políticas estatales–; algo muy distinto, por tanto, de la evaluación de la 'sabiduría' de tales políticas. El énfasis se sitúa sobre el adecuado ámbito de las políticas estatales en conflicto, más que sobre la 'calidad' de tales políticas”.

35. Este criterio es igualmente importante, si no más, en el contexto de las disputas internacionales. Además, *“aunque California ya no sigue la antigua regla de conflicto que en términos generales optaba por la aplicación de la ley de la jurisdicción en que la conducta pretendidamente dolosa del demandado había tenido lugar ‘sin consideración a la naturaleza del asunto que se sometía a la consideración del Tribunal’, las normas de conflicto de California siguen reconociendo, no obstante, que una jurisdicción tiene habitualmente ‘un interés predominante’ en regular las conductas que tienen lugar dentro de sus fronteras, y en ser capaz de garantizar a los individuos y empresas que operan en su territorio que las limitaciones de responsabilidad establecidas por la ley de esa jurisdicción podrán ser aprovechadas por aquellos individuos y empresas en el caso de que hayan de afrontar un litigio en el futuro”.*

36. En este caso, la inicial sustracción ilegal de la pintura tuvo lugar en Alemania, y afectó a la antecesora de los demandantes, Lilly, que en aquel tiempo residía allí. Aunque la pintura pasó por California en 1951, permaneció en ella durante menos de un año antes de ser enviada a Missouri. En cambio, la pintura estuvo localizada en Suiza durante dieciséis años y en España durante más de veinte. Lo que es más importante, el cuadro ha estado en posesión de una entidad instrumental del Reino de España en Madrid desde 1992, y dicha posesión en España proporciona la base para la pretensión de propiedad de la Fundación. España tiene un fuerte interés en regular aquellas conductas que tienen lugar dentro de sus fronteras, y en ser capaz de asegurar a los individuos y entidades que se encuentran dentro de su fronteras que, tras haber poseído un bien de forma ininterrumpida durante más de seis años, su título y la propiedad sobre el bien son seguros.

37. Si el interés de España en la aplicación de su ley se viera subordinado al interés de California, este se basaría exclusivamente en la decisión fortuita del sucesor de Lilly de trasladarse a California mucho tiempo después de que el cuadro fuera ilegalmente sustraído por los nazis, y en el hecho de que el mismo residiera allí en el momento en que la Fundación entró en posesión de la pintura. Someter a un demandado localizado en España a una ley diferente con base en la impredecible elección de residencia de un sucesor perjudicaría de forma significativa el interés de España respecto a la seguridad de los títulos.

38. En cambio, si el Juzgado aplica la ley española, el perjuicio al interés de California sería sustancialmente inferior, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias del presente caso. Aunque California tiene un interés fundamental en proteger a sus residentes, y en particular tiene interés en proteger a aquellos residentes que pretenden ser los legítimos propietarios de obras de arte robadas, dicho interés es mucho menos significativo cuando la víctima original no residía en California, cuando la sustracción ilegal no ocurrió dentro de sus fronteras, y cuando el demandado y la entidad a la que el demandado compró el bien no estaban localizados en California. Además, el interés de California en la aplicación de sus normas relativas a la usucapión de bienes muebles (o a su falta) no es tan intenso como el interés de España, dado que ninguna norma legal o jurisprudencial de California prohíbe *expresamente* a un sujeto adquirir la propiedad de un bien mueble en virtud de usucapión. Por el contrario, España ha promulgado normas, como parte de su Código Civil, que especifica y claramente regulan la usucapión de bienes muebles. Adicionalmente, aunque la modificación del § 338 del Código de Procedimiento Civil de California operada por su legislativo en 2010 es ciertamente relevante a efectos de demostrar el interés de California en proteger a los “legítimos propietarios” de obras de arte robadas, el Juez considera significativo que el legislativo de California *no* haya creado una acción nueva ni haya intentado restringir

legalmente la elección por parte de los Tribunales de la ley sustantiva aplicable en este ámbito. Por el contrario, el legislativo de California simplemente expresó su interés en eliminar obstáculos procesales injustos para la recuperación de obras de arte mediante la extensión de los plazos legales de prescripción aplicables a las demandas que persiguen tal recuperación. A diferencia del régimen de la prescripción extintiva, las normas sobre usucapión no suponen un obstáculo procesal, sino que afectan más bien al *fundamento* de la pretensión de la parte perjudicada³¹. En consecuencia, concluye el Juez que, tanto conforme al test del “interés gubernamental” de California, como conforme al Derecho común federal, la ley española rige la pretensión de propiedad por usucapión de la Fundación.

2. Conforme a las normas españolas sobre usucapión, la Fundación Thyssen es la propietaria de la pintura

39. Establecido, por tanto, que la ley española es la aplicable al fondo de la cuestión, entiende el Juez que, conforme a dicha ley, y a tenor de los hechos indiscutidos, la Fundación adquirió la propiedad de la pintura por usucapión o prescripción adquisitiva. Las normas españolas sobre usucapión de bienes muebles exigen que el poseedor: 1) posea la cosa durante el plazo legal, es decir, tres años si es de “buena fe” (“usucapión ordinaria”) o seis años si es de “mala fe” (“usucapión extraordinaria”) (art. 1955 del Código Civil español); 2) posee la cosa en concepto de dueño (art. 1941); y 3) posee la cosa de forma pública, pacífica y no interrumpida (arts. 1941-1948).

40. Los demandantes no discuten seriamente que la Fundación cumple los requisitos generales para la usucapión extraordinaria, sujeta al plazo más largo de seis años. En efecto, en su oposición a la moción para el *summary judgment* presentada de contrario, los demandantes ni siquiera se refieren a los argumentos formulados por la Fundación en el sentido de que esta poseyó la pintura en concepto de dueño y de forma pública, pacífica y no interrumpida durante más de seis años. No obstante, el Juez considera procedente entrar a examinar cada uno de los requisitos expuestos³².

A) Posesión en concepto de dueño

41. Siguiendo las declaraciones de los profesores ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA y MARIANO YZQUIERDO TOLSADA (expertos legales de la parte demandada), recuerda el Juez que *“cualquiera que proyecta una imagen externa de ser el propietario tiene la ‘posesión en concepto de dueño’. El sujeto puede creer que es el propietario o saber que no lo es (esta es una cuestión que tiene que ver con la buena o mala fe), pero incluso si el sujeto sabe que no es el propietario de lo que compró (precisamente porque lo compró*

³¹ La diferencia de naturaleza que el Juez advierte entre el mecanismo de la usucapión y el de la prescripción extintiva es destacada por GERSTENBLITH, P., FARINELLA, J., BRIGHT, D., Y RAY, K., “International Art and Cultural Heritage Law”, *The year in review. An annual publication of the American Bar Association/ Section of International Law*, 2016, pp. 439 y ss. (http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/international_law/_vir630.authcheckdam.pdf), p. 443, n. 29: “La caracterización de la usucapión (*adverse possession*) como (mecanismo) sustantivo, frente a la prescripción extintiva, que el Juez considera como (mecanismo) procesal, puede resultar irónica, en el sentido de que incuestionablemente la usucapión, al menos en el caso de los bienes inmuebles, es un resultado de la expiración del plazo de la prescripción extintiva. La diferencia fundamental reside en que la versión europea de la usucapión, más correctamente llamada ‘prescripción adquisitiva’ (en contraste con la prescripción extintiva), confiere un título al poseedor actual. El que la expiración del plazo de prescripción extintiva en los diferentes estados de los EEUU confiera del mismo modo un título es una cuestión abierta y que probablemente varía de un estado a otro”.

³² Para un examen del régimen de la usucapión mobiliaria en el sistema del Código Civil español, pueden consultarse los siguientes trabajos: YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentario de los arts. 1940 a 1960”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.), *Código Civil comentado*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1.564 a 1.617; TUR FAÚNDEZ, N., “Comentario de los arts. 1940 a 1960”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2013, t. IX, pp. 13.145 y ss.; y LÓPEZ FRÍAS, A., “Comentario de los arts. 1940 a 1960”, *Jurisprudencia civil comentada*, 2ª ed., Granada, Comares, 2009, t. III, pp. 4.054 a 4.075. Cabe destacar, en particular, el hecho de que la resolución que comentamos se haya hecho eco en gran parte de la exposición que realiza el Prof. YZQUIERDO TOLSADA acerca de los requisitos de la usucapión en el Código Civil.

de alguien que tampoco era el propietario), aquel que realiza actos relacionados con la cosa que cualquier posible testigo puede considerar como típicos de la propiedad posee dicha cosa en concepto de dueño". En definitiva, el requisito de la posesión en concepto de dueño no hace referencia a la intención interna del sujeto, sino a un comportamiento externo coherente con el hecho de ser el verdadero propietario³³.

42. El Juez concluye que la Fundación ha poseído la pintura en concepto de dueño desde el 21 de junio de 1993, cuando se la compró a *Favorita Trustees Limited*, ya que aquella ha proyectado una imagen externa de propiedad desde aquella fecha. En efecto, la Fundación ha exhibido públicamente la pintura en su Museo sin ninguna indicación contradictoria con la propiedad, y la ha prestado a otros para su exposición pública en coherencia con su pretensión de ser propietaria.

B) Posesión de la pintura de forma pública, pacífica y no interrumpida

43. Adicionalmente, el Tribunal concluye que la posesión en concepto de dueño de la pintura por parte de la Fundación ha sido "*pública, pacífica y no interrumpida*" (art. 1941 del Código Civil español).

44. En primer lugar, el Tribunal concluye que, conforme a la ley española, la posesión de la Fundación ha sido "pública". El poseedor debe revelar a través de actos ostensibles que posee el bien, sin alardes, pero con una razonable y continuada publicidad, basándose dicha razonabilidad en la naturaleza del uso propio de la cosa en cuestión. El requisito de la publicidad se refiere, no solo a la posesión como tal, sino también al concepto en que esta se tiene, y se considera necesaria a efectos de que el verdadero propietario tenga la posibilidad de defender su derecho frente a los actos de otro³⁴. Por otra parte, no es necesario que la persona que pretende ser el "verdadero propietario" tenga un pleno conocimiento de la posesión de un tercero, sino que es suficiente con que dicho conocimiento sea al menos posible usando una diligencia media³⁵. En el presente caso, la pintura ha permanecido en exhibición pública en el Museo Thyssen desde el 10 de octubre de 1992 hasta la actualidad (excepto cuando fue exhibida en una exposición fuera de España en 1996 y cuando fue prestada al Caixa Forum de Barcelona desde octubre de 2013 hasta enero de 2014). Además, desde la compra realizada en 1993, la propiedad de la Fundación y la localización de la pintura en España han sido identificadas en diferentes publicaciones especializadas. En consecuencia, el Juez concluye, a los efectos del Derecho español, que la posesión de la Fundación fue 'suficientemente pública' para cumplir este requisito de la usucapión. En efecto, tal como declaran los expertos en Derecho español de la Fundación, la permanente exposición de la pintura en el Museo es "*el mejor ejemplo de publicidad imaginable en el caso de objetos como el que nos ocupa*"; y se recuerda que, precisamente para un caso de usucapión de obras de arte, la STS de 28 noviembre 2008 (R.J. 2009/523) fundó la 'manifiesta publicidad' en las apariciones en prensa y en exposiciones públicas³⁶.

45. En segundo lugar, el Juez entiende que la posesión en concepto de dueño de la Fundación fue pacífica desde el 21 de junio de 1993 hasta al menos el 3 de mayo de 2001. En efecto, la Fundación

³³ YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 1.567. Esta interpretación del requisito relativo a la posesión en concepto de dueño ha sido mantenida de forma reiterada en la jurisprudencia del TS español; vid., p. ej., SSTS de 3 junio 1993 (R.J. 4385), 30 diciembre 1994 (R.J. 10592), 25 mayo 1995 (R.J. 4127), 7 febrero 1997 (R.J. 685) y 10 febrero 1997 (R.J. 938). Sobre la necesidad de que este requisito concorra también en la usucapión extraordinaria (pese a la literalidad del art. 1959 CC), vid., entre otras muchas, SSTS de 10 julio 1992 (R.J. 6274), 28 junio 1993 (R.J. 4791), 25 octubre 1995 (R.J. 7848), 17 noviembre 1997 (R.J. 7897) y 16 noviembre 1999 (R.J. 8612).

³⁴ En este sentido, STS de 21 octubre 1964 (R.J. 4488), y STS de 29 noviembre 1968 (R.J. 5705), en la que se señala que cuando el CC exige que la posesión sea pública "*lo que rechaza es la posesión por actos clandestinos (art. 444), por lo que los ejecutados a espaldas del dueño de la cosa no aprovechan para la posesión*".

³⁵ YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 1.569-1.570.

³⁶ Se refiere a este supuesto YZQUIERDO TOLSADA (*op. cit.*, p. 1.569) como ejemplo de cambio en el concepto posesorio (intervención posesoria): "*(...) Una Hermandad religiosa, inicialmente depositaria de unas importantes obras de arte, invierte el concepto posesorio y comienza a poseer en concepto de dueño, llevando a cabo actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, como llevar a cabo actos de restauración y aparecer constantemente en la prensa como impulsora de los mismos en su condición de propietaria*".

adquirió la pintura de forma pacífica y la poseyó sin discusión ni disputa en cuanto a su “propiedad” hasta el 3 de mayo de 2001, cuando Claude Cassirer formuló su reclamación contra el Reino de España y la Fundación para la restitución de aquella³⁷.

46. En tercer y último lugar, el Tribunal concluye que la posesión en concepto de dueño de la Fundación fue “ininterrumpida” desde el 21 de junio de 1993 hasta al menos el 3 de mayo de 2001. La posesión puede ser interrumpida cuando: 1) por cualquier causa se cesa en dicha posesión durante más de un año³⁸; 2) cuando se practica una citación judicial dirigida contra el poseedor³⁹; 3) cuando tiene lugar un acto de conciliación⁴⁰; y 4) cuando se dé cualquier reconocimiento expreso o tácito del derecho del dueño por parte del poseedor (arts. 1943 a 1948 del Código Civil español)⁴¹. Ninguno de estos hechos tuvo lugar durante el período comprendido entre el 21 de junio de 1993 y el 3 de mayo de 2001.

C) Posesión de la pintura durante el plazo legal

47. El art. 1955 del Código Civil establece, a los efectos que ahora interesan: “*El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe. También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición*”.⁴²

³⁷ La interpretación de la jurisprudencia del TS español acerca de la exigencia de que la posesión sea pacífica no es unívoca; y así, mientras algunas sentencias entienden que las posibles reclamaciones o discusiones sobre la titularidad suscitadas por quien pretende ser el verdadero dueño no excluyen el carácter pacífico de la posesión, ya que no implican que el usucapiente haya adquirido o disfrutado violentamente la posesión del bien litigioso (SSTS de 26 octubre 1966, *RJ.* 1966/4762, 21 octubre 1988, *RJ.* 1988/7597, y 11 julio 1994, *RJ.* 1994/6384), otras entienden, por el contrario, que la existencia de contiendas entre el dueño y el usucapiente determinan que la posesión no sea pacífica (STS de 20 abril 1976, *RJ.* 1976/1920), o que deje de serlo desde la interrupción derivada de la citación judicial (STS de 8 mayo 1982, *RJ.* 1982/2559). Cfr. LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, p. 4.057.

³⁸ La doctrina dominante (YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 1.575; LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, p. 4.059), entiende que el transcurso de un año desde la pérdida de la posesión solo es necesario para la interrupción de la usucapición en el supuesto del art. 460.4º CC (pérdida de la posesión en virtud de la posesión de otro), pero no en los otros supuestos de pérdida de la posesión previstos en el propio art. 460 (abandono, cesión a otro y destrucción o extracomercialidad). La STS de 22 enero 1969 (*RJ.* 1969) se refiere a un caso en el que no se entendió interrumpida la posesión a efectos de usucapición en virtud de un acto de despojo posesorio (la instalación de unas vallas en el terreno litigioso), porque la desposesión no llegó a durar más de un año y el poseedor utilizó con éxito el interdicto posesorio frente a los autores del despojo.

³⁹ En general se entiende que la interrupción debe entenderse producida en el momento de la interposición de la demanda, siempre que se llegue a producir efectivamente la citación judicial, con objeto de evitar que el efecto interruptivo se haga depender de la mayor o menor rapidez con que se produzca el emplazamiento del demandado (SSTS de 21 mayo 1904, 19 febrero 1958, *RJ.* 1958/602, 10 julio 1987, *RJ.* 1987/5454, 6 octubre 1993, *RJ.* 1993/7307, y STSJ Cataluña de 2 octubre 1995, *RJ.* 1995/8180). Según YZQUIERDO TOLSADA (*op. cit.*, p. 1.576), “ha de tratarse de una acción auténticamente contradictoria de la posesión del demandado, sin que valga, por ejemplo, la intimación que constituye en mora al deudor de una obligación de restitución. Pero sí queda asimilada la siempre denominada *actio ad exhibendum* (ahora, diligencia preliminar), o solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el pleito (art. 256.1.2º LEC). También la reclamación previa en vía gubernativa, cuando la misma sea preceptiva. Y hasta la citación hecha como resultado de un expediente de dominio, por más que este procedimiento no tenga carácter definitivo (STS de 8 mayo 1982, *RJ.* 1982/2559)”. En cambio, no es causa de interrupción de la usucapición —a diferencia de lo que sucede en materia de prescripción extintiva, según el art. 1973 CC— la reclamación extrajudicial (STS de 18 abril 1989, *RJ.* 1989/3064).

⁴⁰ Cfr. art. 1947 CC y art. 143 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (*BOE* de 3 julio 2015): “*Efectos de la admisión. La presentación con ulterior admisión de la solicitud de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la ley, desde el momento de su presentación. El plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto del Secretario judicial o auto del Juez de Paz poniendo término al expediente*”.

⁴¹ El TS ha aclarado que el reconocimiento del derecho del dueño por el usucapiente determina que la posesión de este ya no pueda ser considerada “en concepto de dueño” (STS de 28 septiembre 1990, *RJ.* 1990/6910), y que, en realidad, el reconocimiento no determina por sí mismo la interrupción de la posesión como tal, sino de la usucapición (STS de 5 marzo 1991, *RJ.* 1991/1718). Vid. al respecto YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 1.581.

⁴² El art. 1955 sigue estableciendo: “*En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto a las adquiridas en venta pública, en bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo dispuesto en el artículo 464 de este Código*”. El art. 464, en lo que ahora interesa, establece: “*La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena*

48. El Juez considera innecesario entrar a valorar si la Fundación adquirió la propiedad de la pintura conforme al plazo más breve de tres años de la usucapión ordinaria, porque concluye que, incluso si hubiera adquirido la pintura con mala fe, es decir, sabiendo que había un defecto que invalidaba su título o modo de adquisición (art. 433 del Código Civil español), la Fundación habría adquirido la propiedad conforme al más largo plazo de seis años de la usucapión extraordinaria⁴³. En efecto, tal como se vio anteriormente, la Fundación ha poseído el bien en concepto de dueño, y de forma pública, pacífica y no interrumpida desde al menos el 21 de junio de 1993 hasta al menos el 3 de mayo de 2001.

49. Recuerda la resolución que los demandantes no hicieron ninguna alegación en el sentido de que la Fundación no hubiera cumplido los requisitos generales de la usucapión. Por el contrario, los únicos argumentos de los demandantes frente a la pretensión de la Fundación de haber obtenido la propiedad por usucapión extraordinaria son: 1) que el art. 1956 del Código Civil español impide la aplicación de la usucapión porque la Fundación era un “encubridor” de un crimen contra la Humanidad o de un delito contra la propiedad en caso de conflicto armado; y 2) que las normas españolas sobre usucapión violan la Convención Europea de Derechos Humanos. El Juez trata cada uno de estos argumentos a continuación.

D) El art. 1956 del Código Civil español es inaplicable

50. Los demandantes argumentan que, conforme al art. 1956 del Código Civil español, la Fundación no puede adquirir la propiedad de la pintura por usucapión porque la Fundación era “encubridora” de un crimen contra la Humanidad o de un crimen contra la propiedad en el ámbito de un conflicto armado.

51. El art. 1956 del Código Civil español establece: “*Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta*”⁴⁴. Para que el art. 1956 impida la adquisición de la propiedad por usucapión deben concurrir tres requisitos: 1) tiene que existir un delito de hurto o robo (u otro delito similar referido a la apropiación ilícita de un bien mueble); 2) el poseedor del bien mueble debe ser autor, cómplice o encubridor del delito cometido; y 3) no debe haberse consumado la prescripción del delito o de la acción de responsabilidad civil derivada del mismo.

52. Señala el Juez que las partes están de acuerdo en que el expolio de la pintura por parte de Scheidwimmer y de los nazis constituye un delito de apropiación ilícita a los efectos del art. 1956 y

fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea”. La resolución del Juzgado de Distrito que comentamos señala que, a pesar de su literalidad, el Código Civil español claramente contempla -y en ello están de acuerdo aparentemente los expertos legales de ambas partes- que el poseedor de un bien robado o perdido puede adquirir su propiedad por usucapión conforme al art. 1955. En efecto, el siguiente artículo del Código Civil español (art. 1956) dispone: “*Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta*”.

⁴³ De este modo el Juez evita entrar en una de las cuestiones más delicadas que se habían planteado a lo largo del juicio, ya que los demandantes mantuvieron en todo momento que el Museo Thyssen no había hecho todo lo necesario para investigar la proveniencia de la pintura antes de proceder a su adquisición; en particular, se aludía a la presencia, en la parte trasera de la pintura, de una etiqueta rota en la que aparecía la palabra “Berlín” y de una referencia parcial a la dirección de una galería perteneciente a la familia Cassirer, así como también al hecho de que los cuadros de Pissarro eran un objetivo frecuente de los expolios realizados por los nazis. Esta, según Laura Brill (abogada de los demandantes), era solo una de las “banderas rojas” que deberían haberles advertido de que “algo no era correcto”. Sin embargo, Thaddeus Stauber señaló que el Museo había realizado una amplia investigación internacional acerca de la proveniencia del cuadro, para concluir que su propiedad podía ser adquirida legítimamente; y añadió que las alegaciones formuladas de contrario no eran más que un “último intento” de hundir la reputación del Barón Thyssen y del Museo; WILKENS, *op. loc. cit.*

⁴⁴ Como señala TUR FAÜNDEZ (*op. cit.*, p. 1956), se trata de un precepto que solo resulta aplicable a la usucapión extraordinaria de bienes muebles, ya que, tratándose de quien fue criminalmente responsable de un delito o falta contra la propiedad, en ningún caso se daría el requisito de la buena fe en la posesión exigido para la usucapión ordinaria.

que, conforme al vigente Código Penal español, el mismo sería considerado como un delito contra la Humanidad o como un delito contra la propiedad protegida en caso de conflicto armado, que no están sujetos a prescripción⁴⁵. Sin embargo, para que el art. 1956 pudiera ser aplicado, la Fundación debería ser también autora, cómplice o encubridora del delito cometido; en otras palabras, la Fundación debería ser “criminalmente responsable” del delito cometido por los nazis al expoliar la pintura⁴⁶. Según disponía el art. 12 del Código Penal español de 1973, “*son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º Los autores. 2.º Los cómplices. 3.º Los encubridores*”. Es indiscutido que la Fundación no fue autora ni cómplice del delito cometido por los nazis. En consecuencia, el Juez solo considera necesario entrar a valorar si la Fundación puede ser considerada como encubridora del delito cometido por los nazis conforme al Derecho español.

53. Valorando los hechos desde el punto de vista más favorable para los demandantes, el Juez concluye que, desde el punto de vista del Derecho español, la Fundación no fue encubridora del delito cometido por los nazis. Conforme al art. 17 del Código Penal español de 1973, vigente en el momento en que la Fundación adquirió la pintura, el concepto de encubridor se definía en los siguientes términos:

“Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1.º Auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta.

2.º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta para impedir su descubrimiento.

3.º Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. La de intervenir abuso de funciones públicas por parte del encubridor.

Segunda. La de ser el delincuente reo de traición, homicidio del jefe del Estado, o su sucesor, paricidio, asesinato, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos y estragos”.

54. Los demandantes argumentan que la Fundación fue encubridora del expolio de la pintura por parte de Scheidwimmer y de los nazis, porque ocultó las pruebas, efectos o instrumentos del delito “*para impedir su descubrimiento*”. Sin embargo, tal como dispone el claro e inequívoco lenguaje del Código Penal español, y tal como entiende la jurisprudencia española relevante, el fin o propósito de la conducta del encubridor debe ser el de evitar que el delito sea descubierto (art. 17 del Código Penal de 1973 y STS de 29 enero 2013, *RJ*. 2013/975). En el presente caso, considera el Juez que no hay absolutamente ninguna prueba de que la Fundación comprase la pintura (o realizase cualesquiera actos posteriores) con la finalidad de evitar que los delitos de Scheidwimmer o de los nazis fueran descubiertos. En efecto, Scheidwimmer ya había sido condenado después de la guerra, y la venta forzada de 1939 ya había sido objeto de un procedimiento civil en Alemania entre 1948 y 1958 en el que fueron parte tanto Lilly Cassirer como Scheidwimmer.

55. Frente a la clara definición de “encubridor” que recoge el Código Penal español, el experto legal español de los demandantes, Alfredo GUERRERO RIGHETTO, opina, “de forma creativa” (según indica

⁴⁵ Las partes discrepan respecto a si la prescripción (o, más exactamente, la falta de ella) puede ser aplicada retroactivamente a los delitos cometidos antes de la entrada en vigor del vigente Código Penal español. El Juez, no obstante, considera innecesario resolver esta cuestión, porque entiende que el art. 1956 no es aplicable por otras razones.

⁴⁶ Tal como recuerda TUR FAÚNDEZ (*op. cit.*, p. 13.250), el art. 1956 no impide ni dificulta la adquisición por usucapión de los terceros que no hubieran participado en la comisión de la infracción penal: “Sin embargo, si el tercero ha adquirido la cosa mueble de mala fe, esto es, conociendo la procedencia delictiva de los bienes que posee, podría llegar a convertirse en un encubridor, siempre que cumpliera los requisitos que establece para ello el art. 451 del Código Penal. Ahora bien, no es suficiente que tenga mala fe; la mala fe del poseedor no le convierte necesariamente en encubridor. Habrá que valorar en cada caso si esa mala fe es del tipo que le permite adquirir por usucapión extraordinaria la cosa poseída o, por el contrario, se trata de una mala fe de magnitud suficiente para poder considerar al poseedor como encubridor y, por lo tanto, no poder adquirir por usucapión si no se ha producido la prescripción extintiva a la que se refiere el art. 1956 CC”.

el propio Juez Walter), que quien ha cometido el delito independiente de receptación de bienes robados “está incluido” en el concepto de “encubridor”. El Juez discrepa. Como claramente explicó el experto de la Fundación en Derecho Penal español, la adquisición de bienes robados a sabiendas de su origen delictivo es en la actualidad un delito independiente, y quien comete dicho delito no es necesariamente “responsable criminal” como encubridor por el delito previo perpetrado por otros⁴⁷. En definitiva, dado que la Fundación no era encubridora de los delitos cometidos por Scheidwimmer y los nazis, tal como se define tal concepto en el Código Penal español, el Juez concluye que el art. 1956 del Código Civil español no es aplicable al caso.

E) Las normas españolas sobre usucapión no violan el Convenio Europeo de Derechos Humanos

56. Finalmente, los demandantes, en un esfuerzo por evitar el juicio sumario, urgen al Juzgador para adoptar el paso, drástico y sin precedentes, de invalidar las normas españolas sobre usucapión al amparo del art. 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Aunque los demandantes dedican menos de media página de su escrito de oposición a este argumento, el Juez entiende que es adecuado referirse al mismo.

57. España es parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, incluyendo su Protocolo número 1, cuyo art. 1 dispone:

“Artículo 1. Protección de la propiedad.

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.”

58. Tal como sintetizó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁸:

“El art. 1 del Protocolo número 1, que garantiza el derecho a la protección de la propiedad, contiene tres reglas distintas: la primera regla, recogida en el primer inciso del primer párrafo, es de naturaleza general y enuncia el principio del pacífico disfrute de la propiedad; la segunda regla, contenida en el segundo inciso del primer párrafo, contempla la expropiación de los bienes y la somete a ciertas condiciones; la tercera regla, contenida en el segundo párrafo, reconoce que los Estados firmantes están legitimados, entre otras cosas, para controlar el uso de la propiedad conforme al interés general (...). Las tres reglas no son, sin embargo, ‘distintas’ en el sentido de no estar conectadas entre sí. La segunda y tercera reglas se refieren a específicos ejemplos de interferencia con el derecho al pacífico disfrute de la propiedad y deberían por tanto ser interpretadas a la luz del principio general enunciado en la primera regla (...). Para ser compatible con la regla general establecida en el primer inciso del primer párrafo del art. 1, una interferencia en el derecho al pacífico disfrute de las posesiones debe acertar con un ‘equilibrio justo’ entre las demandas del interés general de la comunidad y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales del individuo (...): Respecto a las interferencias que caen en el ámbito del segundo párrafo del art. 1 del Protocolo núm. 1, con su específica referencia al ‘derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general...’, debe existir también una relación razonable de proporcionalidad

⁴⁷ No parece, ni discuten las partes, que el delito de receptación de bienes robados sea en sí mismo un delito de apropiación ilícita a los efectos del art. 1956. Como recuerda YZQUIERDO TOLSADA (*op. cit.*, p. 1.606), en el vigente Código Penal de 1995 “el que adquiere la cosa robada a sabiendas de su origen delictivo ya no será un encubridor entendido como partícipe del delito originario, sino autor del delito autónomo de encubrimiento del art. 451 CP o, si hay ánimo de lucro propio, autor del delito de receptación del art. 298”.

⁴⁸ Caso *J. A. Pye. (Oxford) Ltd. y J. A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. Reino Unido*, núm. 44302/02, § 52, ECHR, 30 de agosto de 2007.

entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir. A este respecto, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación tanto a la hora de elegir los medios empleados como para determinar si las consecuencias de su empleo se justifican en el interés general para los efectos de conseguir el objetivo de la ley en cuestión”.

59. Recuerda el Juez Walter que, en el asunto *Pye* (del que cita diferentes párrafos), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la ley inglesa sobre usucapión aplicable a los bienes inmuebles no violaba el art. 1 del Protocolo número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Específicamente, consideró, en lo que ahora interesa: 1) que la pérdida de propiedad derivada de una ley inglesa sobre Derecho inmobiliario de aplicación general estaba adecuadamente caracterizada como una forma de “control de uso” de la tierra en el sentido del segundo párrafo del art. 1, más que como una “privación de propiedad” en el sentido del segundo inciso del primer párrafo del art. 1; 2) que la ley perseguía un objetivo legítimo de interés general; y 3) que la ley acertaba con un equilibrio justo entre el interés general de la comunidad y las exigencias de protección de los derechos fundamentales del individuo, y que existía una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretendía alcanzar.

60. El Juez entiende igualmente que las normas españolas sobre usucapión no violan el art. 1 del Protocolo número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *“Es característico de la propiedad el hecho de que los diferentes países regulen su uso y transmisión de diferentes maneras. Las reglas correspondientes reflejan políticas sociales en el contexto de la concepción local sobre la importancia y el papel de la propiedad”* (id., § 74). Como se ha señalado anteriormente, las normas españolas sobre usucapión sirven a los legítimos intereses de la seguridad de los títulos, la protección de los demandados frente a reclamaciones extemporáneas, y el incentivo a los demandantes para no “dormirse sobre sus derechos”. Además, a la hora de determinar si existe un justo equilibrio, el Juez reconoce que España cuenta con un “amplio margen de apreciación”, tanto a la hora de elegir los medios empleados como para determinar si las consecuencias de su empleo se justifican en el interés general para los efectos de conseguir el objetivo de la ley en cuestión. Las normas españolas sobre usucapión son disposiciones de aplicación general, que cuentan con un largo período de vigencia y que caen dentro del margen de apreciación de España, *“a menos que dieran lugar a resultados que fueran tan anómalos como para hacer inaceptable dicha legislación”* (id. § 83). El Juez concluye que los resultados no son tan anómalos como para hacer inaceptables las normas españolas sobre usucapión. En consecuencia, resuelve que, conforme a las normas españolas sobre usucapión, la Fundación adquirió la propiedad de la pintura desde 21 de junio de 1999, seis años después de habérsela comprado al Barón.

3. En la medida en que la modificación del § 338(c) del Código de Procedimiento Civil de California pudiera conducir a privar a la Fundación de su derecho de propiedad sobre la pintura, la misma violaría el derecho de la Fundación a un proceso justo.

61. La cláusula sobre el “proceso justo” de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos dispone que *“ningún Estado privará a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad, sin un proceso legal justo”*. La Decimocuarta Enmienda prohíbe al Gobierno violar *“los derechos fundamentales de libertad en modo alguno, sea cual sea el proceso establecido, a menos que la violación esté directamente diseñada para servir a un interés estatal preeminente”* (caso *Reno v. Flores*). Tal como el Tribunal Supremo de Estados Unidos establecía en *Campbell v. Holt*, *“se puede considerar que, en un proceso encaminado a la recuperación de bienes muebles o inmuebles, si la cuestión tiene que ver con la supresión de la prescripción por un acto legislativo aprobado con posterioridad al momento en que la prescripción se consumó, dicho acto priva a la parte de su propiedad sin un proceso legal justo. La razón está en que, conforme a la ley en vigor antes de la modificación legal, la propiedad había pasado a ser del demandado. Tanto el título legal como la verdadera propiedad le habían sido atribuidos, y dar al acto el efecto de transmitir dicho título al demandante implicaría privar a aquel de su derecho sin un proceso legal justo”*.

62. En el presente caso, el Juez ha entendido que la Fundación adquirió la propiedad de la pintura conforme al Derecho español antes de que el legislativo de California ampliara retroactivamente el régimen de la prescripción extintiva en 2010. Además, es indiscutido que, antes de que se produjera dicha extensión, las pretensiones de los demandantes estaban prescritas conforme a la anterior versión del § 338 del Código de Procedimiento Civil de California (cuya modificación, operada en 2002, había sido declarada inconstitucional, tal como vimos anteriormente). En consecuencia, en la medida en que la aplicación del reformado § 338(c) implicaría privar a la Fundación de su propiedad sobre la pintura, considera el Juez que la norma viola el derecho de la Fundación a un proceso legal justo. En efecto, no hay ningún argumento que permita entender que la norma esté directamente diseñada para servir a un interés estatal preeminente⁴⁹.

IV. El debate de fondo: la usucapión como modo de adquirir la propiedad. Usucapión de mala fe, usucapión de bienes robados, y usucapión de bienes culturales

63. La argumentación desarrollada a lo largo de la resolución ha servido de base para que algunos estudiosos pusieran de manifiesto la “irreconciliable e insuperable distancia” existente, a grandes rasgos, entre los sistemas de *Common Law* (como el de Estados Unidos) y los de *Civil Law* (como el de España) a propósito del tema de la adquisición de la propiedad sobre bienes robados. Se señala, en este sentido, que mientras en los primeros rige en términos absolutos el principio del Digesto *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, de manera que el propietario de un bien robado siempre puede reivindicarlo (al menos, mientras no haya llegado a prescribir la correspondiente acción), en los segundos se protege (normalmente, una vez transcurrido un cierto período de tiempo) a quien, actuando con buena fe, compra de quien no era el verdadero propietario, aun en el caso de que se trate de bienes robados; y así, mientras en los primeros se daría preferencia absoluta a la protección de la propiedad, en los segundos entrarían en juego otras consideraciones, como la necesidad de garantizar la seguridad del tráfico⁵⁰; y se concluye, en relación con el caso que nos ocupa, que si el Barón Thyssen hubiera elegido un país de *Common Law* para ubicar su colección, el resultado del pleito hubiera sido muy distinto⁵¹.

⁴⁹ A propósito de estas reflexiones del Juez, señala O’DONNELL (*op. cit.*, p. 4) que las mismas no dejan de tener el valor de *obiter dicta*, puesto que no constituyen el fundamento de la decisión final. “Sin embargo –señala–, es interesante observar que el Juez se refiere en términos poco favorables a la modificación de la norma sobre prescripción, argumentando que la misma implica una privación de la propiedad sin un proceso justo. Este aspecto de la resolución aparece elaborado de forma apresurada y no muy bien razonada; citando un caso de 1885 en el que se concluía (indiscutiblemente) que una modificación sobrevenida del régimen de la prescripción *puede* privar al poseedor de su derecho de propiedad (ya que, a falta de tal modificación, no tendría que afrontar ninguna demanda), el Juez concluye que esta modificación *produce* tal privación. Pero la lógica de este párrafo de la resolución descansa enteramente en la conclusión de que la Fundación ya había adquirido la pintura por usucapión en el momento en que se amplió el ámbito de la aplicación del régimen sobre prescripción, lo que implica que este es irrelevante”. Una crítica parecida puede verse en GERSTENBLITH y otros, *op. cit.*, p. 445. El recurso de apelación presentado por la Fiscal General de California se centra precisamente en esta cuestión, atendiendo al interés que el propio estado de California tiene en defender la constitucionalidad de sus leyes (https://oag.ca.gov/system/files/attachments/press_releases/2016.01.29.jak_Cassirer_Amicus_Brief_of_California%20%5BCorrected%20to%20Add%20Form%206%20Certificate%5D.pdf). Básicamente son tres los argumentos que se esgrimen en el recurso: 1) los Gobiernos extranjeros no pueden ser considerados como “personas” protegidas por la cláusula relativa al “proceso justo”; 2) siendo la Fundación demandada una entidad instrumental de España, no puede tener mayor derecho a un proceso justo que la propia España; y 3) aun cuando la Fundación pudiera esgrimir un derecho a un proceso justo, tal derecho no se ve infringido por la sección 338(c)(3) del Código de Procedimiento Civil de California.

⁵⁰ Vid. las consideraciones expuestas al respecto por el Juez TOMPKINS, *op. cit.*, pp. 2 y ss.

⁵¹ En palabras de GERSTENBLITH y otros (*op. cit.*, p. 444), la resolución se inserta en una breve lista de decisiones judiciales que han optado por aplicar el Derecho extranjero en lugar del Derecho estadounidense en casos en los que se discutía precisamente el título sobre bienes culturales; y, teniendo en cuenta las importantes discrepancias que se dan entre el Derecho de EEUU y el de los diferentes países europeos en cuanto a la protección del comprador de buena fe de bienes robados, la conclusión es que la solución hubiera sido muy diferente si se hubiera optado por aplicar la ley de California. En palabras de O’DONNELL (*op. cit.*, p. 4), la posibilidad de adquirir la propiedad de bienes muebles por usucapión no se contempla en la legislación de California porque constituye un “incentivo obvio” para ocultar los bienes. A propósito de esta cuestión, señala Kevin P. RAY (*op. cit.*, p. 2): “California aplica la regla del *Common Law*. Los derechos de un comprador de buena fe de un objeto robado quedan subordinados a los derechos del propietario original. Pero incluso el régimen del *Common Law* impone plazos de prescripción para incentivar el ejercicio oportuno de acciones por parte del propietario original. Tal como he explicado en

64. Más allá de que la dualidad expuesta pueda resultar algo esquemática, lo cierto es que se trata de una cuestión compleja, que los diferentes sistemas jurídicos abordan de maneras distintas, aunque en todos ellos está presente la necesidad de sopesar los diferentes intereses y objetivos de política legislativa que están en juego: no solo la protección del propietario original injustamente privado de su propiedad, o la del comprador de buena fe, sino también la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico⁵².

65. La cuestión, por otra parte, presenta perfiles propios cuando se refiere concretamente a los bienes culturales, respecto de los cuales, al margen de las normas internas de cada país, debe tenerse en cuenta que, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, han sido muchos los tratados, acuerdos y convenios internacionales (además de todo tipo de resoluciones y recomendaciones no vinculantes) que, desde diferentes instancias, han tratado de contribuir a la lucha contra el expolio y el tráfico ilegal de tales bienes (que con frecuencia tiene, precisamente, una dimensión internacional), incidiendo en ocasiones de forma más o menos directa sobre cuestiones de Derecho privado. Entre tales instrumentos cabe destacar especialmente la Convención de la UNESCO, firmada en París el 14 de noviembre de 1970, sobre los medios para prohibir y prevenir la importación, exportación o transmisión ilícita de la propiedad sobre bienes culturales⁵³ y, sobre todo, el Convenio de UNIDROIT, firmado en Roma el 24 de junio de 1995, sobre objetos culturales robados o ilegalmente exportados⁵⁴, donde se establecen

otro lugar, California establece un plazo de prescripción de seis años para las demandas de restitución de obras de arte robadas, plazo que empieza a correr a partir del momento en que el propietario original descubre de forma efectiva la ubicación del bien robado y la identidad de su poseedor actual. Conforme a la ley de California, desde que los herederos descubrieron la ubicación y el poseedor actual de la pintura en 2001, el plazo de prescripción de seis años no había transcurrido en el momento en que presentaron la demanda de restitución en 2005. Cabe destacar que la ley de California expresamente prohíbe la aplicación de la ley de cualquier Estado extranjero que pudiera limitar el derecho de un residente en California para plantear su demanda. La correspondiente norma establece: *‘Cuando los motivos de una acción han surgido en otro estado, o en un país extranjero, y conforme a las leyes del mismo la acción no puede ejercitarse allí contra una persona por razón del paso del tiempo, la misma acción no podrá ejercitarse contra dicha persona en este estado, salvo en favor de quien haya sido ciudadano de este estado, y siempre que los motivos de la acción se hayan mantenido desde el momento en que comenzó a correr el plazo’* (§ 361 del Código de Procedimiento Civil de California). El Juez de Distrito –advierte RAY – recoge esta norma sin discutirla⁵².

⁵² Como se señala en los comentarios al *Draft of Common Frame of Reference* (VON BAR, C., CLIVE, E., Y SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Articles and comments*, (interim edition, to be completed). Se puede consultar en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, p. 4.178), “hablando en términos generales, se podría decir que crear ‘derechos de propiedad seguros’ redundaría en interés del público en general o del ‘comercio’ como tal a efectos de evitar la incertidumbre y, por tanto, a efectos de facilitar a las partes de un negocio que evalúen sus beneficios y riesgos. En particular, la incertidumbre haría extremadamente arriesgado (o costoso) comprar bienes muebles antiguos y preciosos”. Un interesante estudio comparativo entre los diferentes sistemas jurídicos del mundo respecto al debate entre protección del *versus dominus* y protección del comprador de buena fe de bienes robados, atendiendo a los diferentes factores subyacentes (históricos, legales, culturales, políticos, económicos, religiosos e incluso lingüísticos), puede verse en DARI-MATIACCI, G. Y GUERRIERO, C., “Law and culture: A theory of comparative variation in bona fide purchase rules”, *Oxford Journal of Legal Studies*, (2015), pp. 1–32 (<http://ojls.oxfordjournals.org/content/early/2015/03/22/ojls.gqv004>); en pp. 3 y 4 ponen de manifiesto que la variedad de soluciones que presentan los diferentes sistemas legales no es fácilmente reconducible a dos únicos modelos: “En el caso de las ventas privadas, mientras que en los Estados Unidos el dueño original de bienes robados puede virtualmente siempre reclamarlos del comprador de buena fe conforme a la ‘regla del robo’, en Sudáfrica solo puede hacerlo en el plazo de 30 años. El plazo se reduce a 10 años en Alemania, 8 años en Rusia, 6 años en Inglaterra y Gales, 5 años en Turquía, y 3 años en Francia, mientras que en Italia el comprador se ve protegido de forma inmediata”. Vid. también DARI-MATIACCI, G., GUERRIERO, C. Y HUANG, Z., “Protecting property rights versus enhancing reliance on contracts: The case of the good-faith purchaser”, *Amsterdam Law School Legal Studies*, Research Paper No. 2012-70 (3 agosto 2012).

⁵³ Se trata de una norma que tiene un marcado carácter preventivo, ya que en ella se impone a los Estados parte la obligación de adoptar medidas internas adecuadas para conseguir los objetivos perseguidos; vid., en particular, art. 13, conforme al cual los Estados parte se obligan, “con arreglo a lo dispuesto en la legislación de cada Estado: a) A impedir por todos los medios adecuados las transferencias de propiedad de bienes culturales que tiendan a favorecer la importación o la exportación ilícitas de esos bienes. b) A hacer que sus servicios competentes colaboren para efectuar lo antes posible la restitución, a quien corresponda en derecho, de los bienes culturales exportados ilícitamente. c) A admitir una acción reivindicatoria de los bienes culturales perdidos o robados, ejercitada por sus propietarios legítimos o en nombre de los mismos. d) A reconocer, además, el derecho imprescriptible de cada Estado parte en la presente Convención de clasificar y declarar inalienables determinados bienes culturales, de manera que no puedan ser exportados, y a facilitar su recuperación por el Estado interesado si lo hubieren sido”.

⁵⁴ Recuerda TOMPKINS (*op. cit.*, pp. 2 y ss.), que el Convenio de UNIDROIT fue el fruto final de un intento fallido, abordado a partir de los años 60 del pasado siglo, para elaborar una Ley Uniforme sobre la adquisición de buena fe de bienes muebles corporales, y que fue negociado como un acuerdo complementario y compatible con la Convención de la UNESCO de 1970, referida básicamente a los bienes culturales robados en tiempo de paz.

reglas especiales, de dimensión jurídico-privada, para la restitución o recuperación de bienes culturales robados o ilegalmente exportados con posterioridad a su entrada en vigor en situaciones de carácter internacional⁵⁵. Se diferencia en él el tratamiento de los bienes “robados” (arts. 3 y 4) y el de los bienes “ilegalmente exportados” (arts. 5 a 7), sometidos a reglas distintas en cuanto a las personas o entidades legitimadas para presentar la reclamación o demanda, y en cuanto al régimen de prescripción aplicable (permitiendo a los Estados parte mantener períodos más largos que vengan establecidos en sus normas internas). En ambos casos, el poseedor de los bienes tiene derecho al pago de una justa y razonable compensación, siempre que hubiera actuado de buena fe, en el sentido de que no conoció ni debiera razonablemente haber conocido que el objeto había sido robado o, en el momento de la adquisición, que el objeto había sido ilegalmente exportado.

66. En una línea de continuidad con los citados convenios se sitúa también, ya en el ámbito de la UE, la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea⁵⁶, posteriormente modificada por las Directivas 96/100/CE, de 17 de febrero de 1997⁵⁷, y 2001/38/CE, de 5 de junio de 2001⁵⁸, y finalmente sustituida por la vigente Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014⁵⁹. En ella se establece que los Estados de la UE de cuyo territorio haya salido de forma ilegal (a partir de 1 de enero de 1993) alguno de los bienes que en ella se definen como culturales, disponen de la posibilidad de ejercitar una acción civil ante los Tribunales del Estado en cuyo territorio se encuentre el bien para obtener la devolución material del mismo, previa indemnización equitativa al poseedor, si éste prueba que adquirió el bien con la diligencia y buena fe debidas. Dicha acción es independiente de los derechos de propiedad sobre el bien, respecto de los cuales el art. 13 (de la Directiva 2014/60) se limita a disponer que *“la propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la legislación interna del Estado miembro requirente”*; se advierte, además, que la Directiva no afecta a las acciones civiles o penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado miembro requirente y/o el propietario del bien cultural robado. La citada acción de restitución está sometida a ciertas reglas especiales en materia de prescripción: concretamente, la acción de restitución prescribirá en el plazo de un año (ampliado a tres en la Directiva 2014/60) a partir de la fecha en la que el Estado miembro requirente haya tenido conocimiento del lugar en el que se encontraba el bien cultural y de la identidad del poseedor o tenedor; en todo caso, la acción prescribirá en el plazo de treinta años a partir de la salida ilegal del bien, si bien, cuando se trate de bienes pertenecientes a colecciones públicas o a instituciones eclesiásticas o religiosas -en aquellos Estados miembros donde tales bienes estén sometidos a un régimen especial de protección-, la acción prescribirá en el plazo de setenta y cinco años, salvo que la legislación nacional disponga que la acción es imprescriptible o que en virtud de acuerdos bilaterales sea aplicable un plazo más amplio. Para dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva, también se impone a los Estados miembros en cuyo territorio se encuentren los bienes la obligación de prestar la cooperación necesaria, conforme a lo previsto en su art. 5.

67. España es parte tanto de la Convención de la UNESCO de 1970⁶⁰, como del Convenio de UNIDROIT de 1995⁶¹, y también procedió en su momento a transponer al ordenamiento interno la

⁵⁵ Más información al respecto puede verse en VON BAR y otros, *op. cit.*, pp. 4.196 y ss.

⁵⁶ DOUE, L. 074, de 27 marzo 1993.

⁵⁷ DOUE, L. 060, de 1 marzo 1997.

⁵⁸ DOUE, L. 187 de 10 de julio de 2001.

⁵⁹ DOUE, L. 159, de 28 mayo 2014. Tal como se deduce de su Exposición de Motivos, la Directiva de 2014 se adopta con el propósito explícito de modificar algunos aspectos de la norma original que venían dificultando su aplicación práctica. Vid. también Reglamento (CE) 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales (DOUE, L. 39, de 10 febrero 2009).

⁶⁰ Instrumento de ratificación de 13 de diciembre de 1985 (BOE de 5 febrero 1986).

⁶¹ Instrumento de adhesión de 9 de mayo de 2002 (BOE de 16 octubre 2002), en el que se incluye, a efectos de lo previsto en el art. 3 (apartados 5 y 6) del Convenio la siguiente declaración: *“La acción para solicitar la restitución de un bien cultural que forme parte del Patrimonio Histórico Español será imprescriptible, de acuerdo con lo previsto en la legislación española. Fundamentos de derecho: artículos 28 y 29 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español”*.

citada Directiva 93/7 por medio de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre⁶² (a su vez modificada por Ley 18/1998, de 15 de junio⁶³, y que habrá de ser de nuevo modificada próximamente para dar cumplimiento a la nueva Directiva 2014/60). Al margen de ello, y por lo que respecta a las normas de Derecho interno en sentido estricto, España cuenta con una regulación específica en materia de bienes culturales –en sentido amplio– contenida básicamente en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (LPHE)⁶⁴, en la que se establecen, entre otras medidas de protección (p. ej., obligaciones de conservación y mantenimiento, derechos de adquisición preferente a favor del Estado en caso de enajenación, prohibiciones o restricciones a la exportación o, en algunos casos, a la enajenación⁶⁵, atribución de la propiedad al Estado en caso de exportación no autorizada⁶⁶, etc.), algunas disposiciones especiales relacionadas con los modos de adquisición de la propiedad sobre dichos bienes. Especial relevancia, a los efectos que ahora interesan, tienen las previsiones contenidas en el art. 28.3, que declara imprescriptibles “*los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, en cualquiera de sus establecimientos o dependencias*”, así como “*los bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español*”⁶⁷ y que pertenezcan a las Administraciones Públicas, y excluye la aplicación a unos y otros del art. 1955 del Código Civil, que es precisamente el que regula la usucapión de bienes muebles⁶⁸. En lo demás (y también respecto a los bienes culturales que no sean reconducibles al art. 28 LPHE..., o en tanto no lo sean) rigen, por tanto, las normas generales aplicables a los bienes muebles, singularmente en lo que se refiere al régimen de las adquisiciones *a non domino* de bienes muebles con buena fe, al de la usucapión con o sin buena fe, o al de la prescripción extintiva de acciones relativas a dichos bienes. Normas que, en todo caso, no pueden considerarse exorbitantes respecto a las existentes en otros países de nuestro entorno⁶⁹, sin perjuicio

⁶² BOE de 24 diciembre 1994.

⁶³ BOE de 16 junio 1998.

⁶⁴ BOE de 29 junio 1985. Vid. la Disposición Adicional 7ª de la Ley, en la que se dispone: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, las Administraciones a quienes corresponda su aplicación quedarán también sujetas a los Acuerdos Internacionales válidamente celebrados en España. La actividad de tales Administraciones estará asimismo encaminada al cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones que, para la protección del Patrimonio Histórico, adopten los Organismos Internacionales de los que España sea miembro*”.

⁶⁵ El art. 28 de la Ley, en sus dos primeros apartados, dispone lo siguiente: “*1. Los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, en cualquiera de sus establecimientos o dependencias, no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles. Dichos bienes sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de Derecho Público o a otras instituciones eclesiásticas. 2. Los bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español no podrán ser enajenados por las Administraciones Públicas, salvo las transmisiones que entre sí mismas éstas efectúen y lo dispuesto en los artículos 29 y 34 de esta Ley*”. El citado art. 34 establece: “*El Gobierno podrá concertar con otros Estados la permuta de bienes muebles de titularidad estatal pertenecientes al Patrimonio Histórico Español por otros de al menos igual valor y significado histórico. La aprobación precisará de informe favorable de las Reales Academias de la Historia y de Bellas Artes de San Fernando y de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español*”.

⁶⁶ Art. 29 LPHE: “*1. Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5º de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles. 2. Corresponde a la Administración del Estado realizar los actos conducentes a la total recuperación de los bienes ilegalmente exportados. 3. Cuando el anterior titular acreditase la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, podrá solicitar su cesión del Estado, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación, y, en su caso, el reembolso del precio que hubiere satisfecho el Estado al adquirente de buena fe. Se presumirá la pérdida o sustracción del bien ilegalmente exportado cuando el anterior titular fuera una Entidad de derecho público. 4. Los bienes recuperados y no cedidos serán destinados a un centro público, previo informe del Consejo del Patrimonio Histórico*”.

⁶⁷ La LPHE distingue tres categorías de bienes a las que corresponden distintos niveles de protección. La de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español es la categoría más genérica, para la que se establece el nivel básico de protección; está constituida “*por todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal*” (Exposición de Motivos; cfr. art. 1.2 LPHE). Las otras dos categorías, más restringidas y dotadas de un nivel reforzado de protección, son la de los bienes declarados de interés cultural, y la de los bienes inventariados.

⁶⁸ Sobre el art. 28.3 LPHE, vid. STS de 30 marzo 2000 (RJ. 2431).

⁶⁹ Un detenido estudio comparado, relativo al régimen de adquisición de los bienes muebles en general, puede verse en VON BAR y otros, *op. cit.*, pp. 4.152 y ss. En pp. 4.171-4.172 se recuerda que “la mayoría de los sistemas legales europeos, especialmente los países de *Civil Law*, establecen reglas sobre la adquisición de la propiedad por posesión continuada (usucapión) (...). La mayoría de los restantes países europeos reconocen conceptos con efectos al menos comparables desde el punto de vista funcional (...). En algunos Estados miembros, el derecho del propietario a recuperar la posesión de los bienes de cualquier otra persona que esté ejerciendo control físico sobre los mismos sin tener derecho a ello está sujeto a prescripción (extintiva).

de que, de cara al futuro, no haya de descartarse la posibilidad de que también el ordenamiento español haya de adaptarse a la tendencia, ciertamente detectable en el ámbito europeo, a reforzar la protección de la propiedad de los bienes culturales en aras de combatir eficazmente su expolio desde un planteamiento que trascienda los actuales límites territoriales y temporales⁷⁰.

V. Conclusión y recomendaciones finales del Juez

68. En definitiva, y por las razones expuestas a lo largo de la resolución, la moción de la Fundación para un juicio sumario es estimada, en el sentido de reconocer a aquella como propietaria de la pintura objeto del litigio por usucapión extraordinaria conforme a la ley española, mientras que la moción de los demandantes para la adjudicación sumaria respecto a la cuestión “elección de la ley de California” es desestimada.

Hasta cierto punto, los efectos de este planteamiento son funcionalmente similares a los que se derivan de la adquisición de la propiedad por usucapión: el poseedor se ve protegido frente a reclamaciones del propietario original. En los países de *Common Law*, esa limitación (basada en el Derecho de daños) de las acciones para la protección de la propiedad son la base general para alcanzar resultados comparables a los que se alcanzan mediante la adquisición de la propiedad por usucapión. En otros países, este concepto se aplica además de las reglas sobre adquisición por usucapión”. Sin embargo, se concluye, en la elaboración del *Draft* se ha optado por seguir el modelo de la usucapión, y no el de la prescripción extintiva, por considerar que el primero es más adecuado en términos de seguridad jurídica. Más adelante (*op. cit.*, p. 4.182), se advierte que “el planteamiento según el cual la posesión continuada con buena fe puede dar lugar a la adquisición de la propiedad, o al menos a la obtención de una posición protegida frente a las reclamaciones del propietario original, se puede decir que forma parte del ‘núcleo común’ del Derecho privado europeo”. En cambio, respecto a la posibilidad de usucapión en casos de ausencia de buena fe se señala (*op. cit.*, p. 4.188): “Los sistemas legales europeos están bastante divididos sobre la cuestión de si un poseedor de mala fe debería estar en condiciones de adquirir por usucapión la propiedad, o alguna otra posición legalmente protegida frente al propietario. En alrededor de la mitad de los países donde la adquisición con mala fe (o la aplicación de un concepto comparable) es posible en principio, se puede observar la existencia de excepciones para ciertas formas de ‘mala fe cualificada’, por ejemplo cuando la posesión ha sido obtenida de forma violenta o a través de otro acto criminal. Por otra parte, en ocasiones se establecen requisitos generales adicionales para la adquisición, tales como la necesidad de que la posesión sea ‘pública’ o ‘pacífica’, que entre otras cosas sirven para evitar que ciertos supuestos de posesión de mala fe puedan dar lugar a la adquisición de la propiedad (...). Solo desde el punto de vista de los terceros, del ‘comercio’ o de la ‘sociedad’ en general, las consideraciones de política legislativa en favor de la seguridad jurídica, el interés general por la estabilidad de las ‘posiciones de dominio’ y la función de ‘mantenimiento de la paz’ de la posesión —a efectos de evitar litigios de resultado incierto después del transcurso de un largo período de tiempo—, pueden abogar en favor de la adquisición por usucapión con mala fe”. A la vista de este panorama, la opción de los redactores del *Draft* (art. 4:101) ha sido la de admitir con carácter general la usucapión de bienes muebles, sometiéndola a un plazo de diez años en caso de buena fe, y al de treinta años en caso de mala fe. No obstante, en el párrafo (3) del mismo artículo se excluye la posibilidad de adquirir por usucapión respecto a quien hubiera obtenido la posesión mediante el robo de los bienes, con lo que se pretende reflejar también un planteamiento que es mayoritario en Europa, aunque técnicamente se articula de formas diferentes (*op. cit.*, pp. 4.188 y 4.191). A estos efectos, se entiende que la excepción alcanza a todos aquellos que hayan tenido alguna participación en la comisión del delito (autor material, inductor, cómplice, cooperador...), pero no a quienes conscientemente venden bienes robados o a quienes, en general, saben que los bienes han sido robados, ya que se estima que con ello se podría dejar sin contenido la opción básica en favor de la seguridad jurídica que implica la general admisión de la usucapión en los casos de mala fe (*op. cit.*, pp. 4.189-4.191). Obsérvese, en todo caso, que no se excluye la usucapión respecto a los bienes robados en cuanto tales, en el sentido de que sí se permite la usucapión de los mismos por parte de un tercero ajeno al robo.

⁷⁰ Sirva como botón de muestra el tratamiento específico que se dedica a la adquisición de bienes culturales en el Libro VIII del DCFR. En el art. 3:101, que sigue en este punto el ejemplo de la mayoría de los sistemas legales europeos (VON BAR y otros, *op. cit.*, pp. 4.161-4.162), se excluye la posibilidad de adquisición *a non domino* por parte del comprador de buena fe de bienes robados, salvo que la adquisición proceda de un transmitente que actúe en el ámbito ordinario de una actividad empresarial; sin embargo, se excepciona expresamente el caso de los bienes culturales (tal como aparecen definidos en la Directiva 93/7/EEC), respecto de los cuales se declara simplemente que su adquisición de buena fe (*a non domino*) “es imposible”. En cuanto a la posibilidad de adquirir tales bienes por usucapión, el art. 4:102 del mismo Libro VIII amplía los plazos generalmente aplicables en materia de bienes muebles, que pasan de diez a treinta años en caso de que el poseedor haya poseído de buena fe durante todo el período, y de treinta a cincuenta años en caso de mala fe del poseedor; bien entendido que la usucapión queda excluida en todo caso respecto a quien hubiera accedido a la posesión de los bienes mediante el robo de los mismos, por aplicación de la regla general del art. 4:101(3). Además, se deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar o mantener un nivel de protección más elevado en favor del propietario de bienes culturales. Para más detalles, vid. VON BAR y otros, *op. cit.*, pp. 4.152 y ss., en especial pp. 4.165 y ss. y 4.196 y ss., donde se exponen las razones que justifican la conveniencia de someter los bienes culturales a un régimen especial en material de adquisición de la propiedad, con objeto de reforzar la protección de los propietarios originales frente a posibles privaciones ilícitas.

69. Sin embargo, el Juez parece ser consciente de que la solución acogida, si bien puede estar fundada en la legalidad aplicable, no deja de plantear algunas dudas en términos de justicia material. De ahí la significativa recomendación dirigida a la parte que ha resultado vencedora: “*Aunque la Fundación ha salido vencedora en este prolongado y agriamente discutido litigio, el Juzgador recomienda que, antes de que comience la siguiente fase del litigio ante el Noveno Circuito, la Fundación reflexione y considere si sería adecuado trabajar de cara a una solución del proceso aceptable para ambas partes, teniendo en cuenta la aceptación por parte de España de los principios de la Conferencia de Washington⁷¹ y de la Declaración Terezin⁷² y, específicamente, su compromiso para conseguir ‘soluciones justas y adecuadas’ para las víctimas de la persecución nazi*”.⁷³

70. Queda abierta así una cuestión que, especialmente en los círculos legales norteamericanos, se considera como uno de los problemas más interesantes y delicados que plantea el presente litigio⁷⁴: el hecho

⁷¹ Se trata de los “Principios de la Conferencia de Washington sobre obras de arte confiscadas por los nacionalsocialistas”, adoptados en la Conferencia de Washington sobre Patrimonios Robados durante el Holocausto (3 de diciembre de 1998), que fue auspiciada por el Departamento de Estado de los EEUU y por el Museo Memorial del Holocausto de los EEUU; TOMPKINS, *op. cit.*, p. 3. Pueden consultarse en <http://www.state.gov/p/eur/rt/hlcst/122038.htm>. España aceptó implícitamente tal resolución al tomar parte en su adopción por consenso, si bien ha de advertirse que la Declaración señala expresamente que sus principios no tienen carácter vinculante; ARP, *op. cit.*, pp. 171-172. Los extremos más relevantes de estos principios son los siguientes: “*Al alcanzar un consenso sobre principios no vinculantes para ayudar en la resolución de asuntos relacionados con el arte confiscado por los nazis, la Conferencia reconoce que entre las naciones participantes existen diferentes sistemas legales y que los países actúan en el contexto de sus propias leyes. (...) 1. El arte confiscado por los nazis y posteriormente no restituido debe ser identificado. (...) 4. A efectos de establecer que una obra de arte fue confiscada por los nazis y posteriormente no fue restituida, se deben tener en cuenta las inevitables lagunas o ambigüedades en cuanto a su procedencia, a la vista del paso del tiempo y de las circunstancias de la época del Holocausto. 5. Debe realizarse cualquier esfuerzo que sea necesario para dar publicidad al arte que se descubra que fue confiscado por los nazis y posteriormente no restituido, con objeto de localizar a sus propietarios anteriores a la Guerra o a sus herederos. (...) 8. Si los propietarios anteriores a la Guerra de arte confiscado por los nazis y posteriormente no restituido, o sus herederos, pueden ser identificados, deben adoptarse medidas de forma expeditiva para alcanzar una solución justa y equitativa, reconociendo que esta puede variar en función de los hechos y circunstancias que rodean a cada caso específico. (...) 11. Se exhorta a las Naciones para que desarrollen mecanismos nacionales para implementar estos principios, especialmente en lo que se refiere a los mecanismos alternativos de resolución de disputas para resolver asuntos relacionados con la propiedad*”.

⁷² La Declaración de Terezin fue el resultado de la Conferencia sobre Bienes Expoliados durante la Época del Holocausto, auspiciada por la Unión Europea, y que se desarrolló en Praga y Terezin entre el 26 y el 30 de junio de 2009. Los textos derivados de tal Conferencia pueden consultarse en <http://www.holocausteraassets.eu/program/conference-proceedings/>. Sobre el tema, vid. TOMPKINS, *op. loc. cit.*, quien destaca que tal Declaración se sitúa en la misma línea que los Principios de Washington, y que ambos pretenden incentivar la resolución de las reclamaciones, no sobre la base de tecnicismos legales, sino más bien atendiendo “a los hechos y a las razones de justicia material”; y cita, como ejemplo de los esfuerzos realizados en ciertos países para dar cumplimiento a dichos principios, el funcionamiento del “Panel Asesor en materia de Expropiaciones del Reino Unido”, creado en 1998 a raíz de la Conferencia de Washington.

⁷³ En un artículo publicado en el *The San Diego Union-Tribune* el 18 de julio de 2015, recuerda John WILKENS el debate que constituye el contexto en el que se desarrolla el presente litigio: “El caso viene desarrollándose a través del sistema legal en un momento en el que controversias similares envuelven a museos de Oklahoma y Pasadena. Surge también en medio de la preocupación suscitada por un informe elaborado el pasado año por un grupo a favor de la restitución según el cual los Gobiernos de todo el mundo no están cumpliendo los acuerdos internacionales orientados a dar una respuesta a la confiscación por parte de los nazis de una cifra estimada de 650.000 obras de arte, ‘un festival de saqueo no igualado en la historia’. El mismo grupo (la Organización Mundial para la Restitución Judía) también criticó el mes pasado a los museos por recurrir con demasiada frecuencia a tecnicismos legales y obstáculos procesales para ganar los casos en los Tribunales. Lo que hacen es legal, señaló el grupo, pero no necesariamente correcto”.

⁷⁴ Vid., en particular, las consideraciones desarrolladas al respecto por RAY (*op. cit.*, p. 4): “Aunque la cuidadosa aplicación que el Juez realiza del *Restatement* y de las normas de conflicto de California no resultaría excepcional en muchos contextos, en el contexto de un litigio relativo a la restitución de arte confiscado por los nazis la decisión, sin embargo, deja sorprendentemente un buen número de cuestiones sin resolver. Aunque el Juez menciona brevemente la sección 361 de la ley modificada de California, que expresamente prohíbe la aplicación de la ley de cualquier Estado extranjero que pudiera excluir el derecho de un residente en California para plantear demandas ‘por razón del transcurso del tiempo’, no llega a analizar la aplicabilidad (o no) de tal disposición en este caso, en el que el transcurso del tiempo da lugar, no a la expiración de un plazo de prescripción, sino a la atribución de título al poseedor actual por usucapión. Por el contrario, el Juez se limita a declarar que ninguna ley o criterio jurisprudencial prohíbe la usucapión”. Y añade: “Mucho más problemático, sin embargo, es el silencio del Juez respecto a la incoherente postura de España en relación con el arte robado, y más en particular con el arte confiscado por los nazis”; y recuerda que España no solo participó en la Conferencia de Washington de 1998 y en la Conferencia de Praga y Terezin de 2009, sino también en el Foro Internacional de Vilnius sobre bienes culturales expoliados durante la época del Holocausto, de 2000;

de que España, pese a haber firmado diferentes acuerdos internacionales orientados a facilitar a las víctimas del Holocausto la recuperación de obras de arte expoliadas –y a diferencia de lo que han hecho otros países, como los Estados Unidos–, no haya procedido a modificar sus leyes en tal sentido. Se trataría, según se dice, de un problema muy común en casos relacionados con el Holocausto, en los que el sentido de la justicia apunta en ocasiones en un sentido contrario al que aconseja la pura aplicación de las normas legales; y ello explicaría la admonición incluida por el Juez Walter al final de su decisión, en la que quedaría reflejada su frustración ante la imposibilidad de decidir el caso atendiendo a criterios de justicia material⁷⁵.

71. En respuesta a esta recomendación, Evelio Acevedo Carrero, director de la Fundación, declaró que el Museo Thyssen consideraría la posibilidad de realizar “algún tipo de reconocimiento moral” de las circunstancias en las que Lilly Cassirer había perdido la pintura, citando como ejemplo la posibilidad de colgar una placa junto a la pintura explicando que la misma había formado parte del expolio de obras de arte realizado por los nazis⁷⁶; sin embargo, dicha solución ha sido rechazada por miembros de la familia Cassirer, para quienes el Museo había realizado propuestas similares en el pasado, y la reacción de la familia había sido la misma que ahora: “Es un insulto”.

y que, por su parte, la Fundación Thyssen es miembro del Consejo Internacional de Museos (ICOM), que ha desarrollado sus propias “Recomendaciones relativas a la restitución de obras de arte pertenecientes a propietarios judíos”. Continúa señalando el autor: “En septiembre de 2014, la Conferencia sobre Reclamaciones Materiales Judías contra Alemania y la Organización Mundial para la Restitución Judía publicaron un informe (‘Arte expoliado en la época del Holocausto: una visión actual a nivel mundial’), que proporciona una visión general sobre los ‘esfuerzos de restitución’ de 50 países (...). El informe era crítico con España, sobre todo por no haber implementado ninguna legislación nacional referida a los bienes culturales expoliados durante la Segunda Guerra Mundial. La Fundación, que es un entidad financiada por el Estado, ha optado por hacer valer sus derechos sobre la pintura por prescripción. No está claro hasta qué punto esta posición es coherente con los Principios de la Conferencia de Washington”. Y termina diciendo: “En un caso importante, que ha tratado numerosas cuestiones relacionadas con la restitución del arte confiscado por los nazis, el silencio del Juzgador sobre este contexto más amplio es sorprendente. Quizá el Noveno Circuito, en la apelación, podrá pronunciarse sobre estas y otras cuestiones”. Un detenido estudio acerca de las más recientes novedades y acerca de la futura evolución de esta cuestión en el contexto legal y judicial norteamericano puede verse en BURRIS, D. S., “From tragedy to triumph in the pursuit of looted art: Altmann, Benningson, Portrait of Wally, von Saher and their progeny”, *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, L. 394 (2016), pp. 394 a 434.

⁷⁵ En este sentido se pronuncia TOMPKINS, *op. cit.*, p. 4. Una postura escéptica respecto a la acogida que la recomendación del Juez pueda recibir por parte de la Fundación es la de O’DONNELL (*op. cit.*, p. 2), para quien “es difícil pensar por qué debería ocurrir. A pesar de los dictados de los Principios de Washington, la Colección ha celebrado la desestimación de la demanda. Ahora que ha ganado, es difícil imaginar que adopte repentinamente un punto de vista distinto”.

⁷⁶ http://www.nytimes.com/2015/06/11/arts/design/judge-rejects-claim-for-a-pissarro-by-heirs-in-nazi-art-case.html?_r=0.

TRANSICIÓN A LOS ORGANISMOS ACREDITADOS PARA LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL*

TRANSITION TO CREDITED ORGANISMS FOR INTERNATIONAL ADOPTION

PAULA VÁZQUEZ COLOMO**

*Graduada en Derecho y Graduada en Administración y Dirección de Empresas
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 13.07.2016 / Aceptado: 29.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3267>

Resumen: La introducción de los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional en el proceso de adopción internacional supone la introducción de una vía de tramitación privada que contrasta con la anterior tramitación exclusivamente pública del proceso de adopción internacional. Tal introducción ha dado lugar a una amplia regulación de tales organismos con el objetivo de regular y controlar su funcionamiento. Este estudio realiza un breve análisis sobre la institución jurídica de la adopción internacional en España, centrándose en la intervención de los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional en el procedimiento de adopción internacional, así como en el estudio de la regulación de tales organismos.

Palabras clave: adopción internacional, Organismo Acreditado para la Adopción Internacional, fase administrativa de instrucción.

Abstract: The introduction of the Credited Organisms for International Adoption in the international adoption process involves the introduction of a way of private transaction that differs with the previous transaction of international adoption that was exclusively public. As a result the introduction resulted in a broad regulation of those organisms with the objective of regulate and control its performance. This study provides a brief analysis of the legal institution of international adoption in Spain, as well as of the involvement of Credited Organisms for International Adoption in the international adoption process and the research of the regulation of such Organisms.

Keywords: international adoption, Credited Organism for International Adoption, administrative phase of instruction.

Sumario: I. Introducción. II. La adopción internacional en Derecho Internacional Privado Español. 1. Breve referencia a las vías de constitución de adopciones internacionales en España con especificación de las tareas delegadas a los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional. A) Adopción Internacional constituida ante Autoridad Española. a) Fase Administrativa de Instrucción. b) Fase Judicial de Constitución. B) Adopción Internacional constituida ante Autoridad Extranjera. 2. El proceso post-adoptivo. III. La intervención de los Organismos Acreditados para la

* Extracto del Trabajo de Fin de Grado para la obtención del Grado en Derecho y el Grado en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid titulado originalmente “Transición a las ECAI’s. Aspectos Jurídicos y Aspectos Empresariales”, galardonado con el premio a TFG en la I Edición de los premios de Investigación Pilar Azcárate de Trabajos de Fin de Grado, Trabajo Fin de Máster y Tesis Doctorales en materia de Género e Igualdad de Oportunidades por Resolución del Rector de la Universidad Carlos III de Madrid de 21 de diciembre de 2015.

** La autora desea agradecer a la Dra. Celia M. Caamiña Domínguez su atención y colaboración en el desarrollo de esta investigación. También desea la autora agradecer la colaboración de todos los profesionales y familias adoptivas que han contribuido con su experiencia y conocimientos a enriquecer la investigación desde un punto de vista práctico y social.

Adopción Internacional en la Fase Administrativa de Instrucción. 1. Evolución hacia los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional. Razones de su aparición. 2. Los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional. A) Constitución y acreditación. B) Funciones y actividades. C) Régimen de funcionamiento y obligaciones. D) Régimen económico y financiero. E) Supervisión y control. F) La relación jurídica entre los solicitantes de adopción internacional y el Organismo Acreditado para la Adopción Internacional. IV. Conclusiones sobre el proceso de adopción internacional en España y sobre la intervención de los Organismos Acreditados para la Adopción

I. Introducción

1. La aparición de los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional en nuestro país, conocidos como Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional antes de la reforma operada en la Ley de Adopción Internacional en el año 2015 que trataremos posteriormente, es relativamente reciente y la misma ha propiciado notables cambios en el ámbito jurídico. Estos organismos son empresas privadas constituidas bajo una figura jurídica que las define como entidades sin ánimo de lucro, que desarrollan ciertas funciones delegadas por la entidad autonómica competente en materia de adopción internacional, en la Fase Administrativa de Instrucción del proceso de adopción Internacional a través de una acreditación autonómica, sin la cual no pueden operar en ningún caso en el tráfico jurídico.

2. Desde el ámbito jurídico resulta interesante estudiar la repercusión y la evolución que ha tenido la inclusión de agentes privados en el proceso de adopción internacional, teniendo en cuenta que anteriormente todo el proceso de tramitación de adopciones internacionales había estado en manos de agentes públicos. Esta delegación de funciones en organismos privados ya se había producido anteriormente en varios países, los cuales habían incluido en el proceso de adopción internacional a organismos privados equivalentes a los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional, sin embargo en España esta inclusión de agentes privados es, como ya hemos comentado, bastante reciente.

3. Para ello, se plantea una investigación que parte de un breve estudio sobre el proceso de constitución de las adopciones internacionales, el cual se centra en las notables deficiencias encontradas en la fase post-adoptiva que hacen peligrar el objetivo final de la institución jurídica de la adopción internacional, para pasar a estudiar posteriormente las tareas delegadas a los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional así como su regulación y funcionamiento de una manera pormenorizada.

II. La Adopción Internacional en Derecho Internacional Privado Español

1. Breve referencia a las vías de constitución de adopciones internacionales en España con especificación de las tareas delegadas a los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional

A) Adopción Internacional constituida ante Autoridad Española

4. El procedimiento de adopción internacional constituida ante Autoridad Española tiene en España dos fases totalmente diferenciadas: la fase administrativa previa a la adopción y la constitución de la adopción por juez español¹. Antes de desarrollar estas dos fases, es necesario recordar que la adopción en España se configura como una institución de protección de menores, y por lo tanto el régimen jurídico

¹ La Adopción Publicada es uno de los tres modelos de adopción que podemos encontrar en el mundo junto con la Adopción Privada y la Anti-Adopción. Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Granada, Comares, 2013, p. 325 y 326.; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008, p. 11 y ss.; B. L. CARRILLO CARRILLO, *Adopción Internacional y Convenio de la Haya de 29 Mayo 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional*, Tesis de Doctorado para la obtención del título de Doctora en Derecho, Universidad de Murcia, Murcia, 2003, p. 30 y ss.

de la institución debe estar presidido por el principio *favor minoris*², y de acuerdo con el principio de publicación de la adopción, los trámites para constituir las adopciones internacionales deben realizarse bajo el control de las Autoridades Públicas competentes.

a) Fase Administrativa de Instrucción

5. La Fase Administrativa de Instrucción o Fase Administrativa Previa engloba los primeros trámites necesarios para la constitución de una adopción internacional por las Autoridades españolas. Esta primera fase es necesaria siempre, y se desarrolla ante las autoridades administrativas españolas, por lo que esta fase del procedimiento tiene un carácter administrativo y se regula consecuentemente por normas de Derecho Administrativo³. En general, las Entidades Públicas Administrativas competentes para instruir esta fase son Entidades Públicas de las Comunidades Autónomas, y aunque en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional⁴ (LAI) se establecen unas normas mínimas para fijar ciertos estándares orientados a la uniformidad de los procedimientos, cada Comunidad Autónoma añade sus propias normas y requisitos⁵. Por todo lo anterior, a partir de este momento tendremos en cuenta la legislación vigente en la Comunidad de Madrid para realizar el estudio de esta fase del proceso de adopción internacional.

Los trámites a realizar en la Fase Administrativa de Instrucción son dos, en primer lugar el control de la idoneidad de los adoptantes (art. 176 CC), y en segundo lugar la realización de la propuesta previa de adopción internacional⁶. Vamos a estudiar brevemente cada uno de los trámites por separado.

6. Antes de ocuparnos del certificado de idoneidad, cabe señalar que antes de la obtención del mismo existe una fase de formación obligatoria para los potenciales adoptantes⁷. El principal objetivo de la formación es capacitar a los futuros padres adoptivos para que sepan hacer frente a la adopción y que esta al final sea exitosa⁸. Tras la formación comienza la valoración psicosocial de los adoptantes.

7. El certificado de idoneidad, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.1 d) de la LAI será expedido por las Entidades Públicas, previa elaboración del informe psicosocial directamente por las Entidades Públicas o a través de instituciones o entidades debidamente autorizadas, tiene un objetivo extremadamente relevante que es determinar si los potenciales adoptantes, reúnen las aptitudes necesarias para cubrir las necesidades del menor, así como determinar igualmente que cumplirán las obli-

² Es en el CH 1993 en el que este principio tiene un papel fundamental. En el mismo, se establece además que los niños deben ser atendidos siempre que se pueda en su país de origen, planteándose la adopción internacional como una opción en un segundo plano.; Además, la adopción debe estar orientada a proteger y respetar los derechos del niño, garantizando siempre su interés superior, tal y como aparece expresamente recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, p. 38897 a 38904. [Web en línea], [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>>.

Artículo 3.1.: *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.*; Vid. J. A. AUNIÓN/J. REINOSO, *Adopción Internacional como último recurso*, [Documento en línea], Diario El País, 8 de enero de 2013, [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/01/08/actualidad/1357669110_681834.html>.

³ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p. 331 y 332.

⁴ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007, p. 53676 a 53686. [Documento en línea], [fecha de consulta: 30 mayo 2016], Disponible en: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22438>>

⁵ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p. 331 y 332.

⁶ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p. 331 y 332

⁷ COMUNIDAD DE MADRID, INSTITUTO MADRILEÑO DEL MENOR Y LA FAMILIA, *Obtención del certificado de idoneidad*, [Documento en línea], [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DCertificado+de+idoneidad.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352846009747&ssbinary=true>>.

⁸ M. D. VÁZQUEZ MORILLO/M. LEÓN MUÑOZ, *Módulo 2, Capítulo 5. Formación para solicitantes de adopción*, en R. MARTÍNEZ/J. M. GÓMEZ (dirs.) *La adopción de menores: Retos y necesidades*, Sevilla, Asociación Andaluza de Ayuda a la Adopción y a la Infancia, 2008, p. 145. [Documento en línea], [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < http://asociacionllar.org/user/files/libro_adopcion.pdf>.

gaciones legales, ofreciendo al menor que quieren adoptar el afecto y el cuidado debido⁹. Es relevante tener presente que en esta etapa los adoptantes se encuentran sometidos a una situación de gran estrés y ansiedad, ya que pueden considerar que este proceso es una intrusión en su intimidad, y porque es probable que muchos de los adoptantes ya hayan pasado por varias situaciones emocionalmente dolorosas¹⁰.

8. La obtención del certificado de idoneidad de los adoptantes, el cual tiene una validez de tres años¹¹, se realiza mediante un estudio psicosocial de los mismos a través de entrevistas y visitas al domicilio, en las que los profesionales podrán incluir los cuestionarios o pruebas que consideren necesarios para realizar la valoración, y en los que tendrán en cuenta criterios como la edad, los ingresos económicos así como la salud física y mental entre otros¹². Cuando los profesionales dispongan de toda la información necesaria será cuando decidan sobre la idoneidad o no de la familia.

9. Todo lo que hemos visto hasta ahora sobre el certificado de idoneidad es lo que establece la Ley al respecto del mismo, no obstante es interesante obtener una visión práctica para comprobar si realmente el mismo es útil y eficaz en el proceso de adopción internacional, para ello contamos con la opinión de A. FERNÁNDEZ-MARTOS ABASCAL¹³, que desarrolla actualmente su carrera como psicólogo en la Universidad Carlos III de Madrid, y en el pasado desarrolló su carrera profesional en la Fundación Meniños¹⁴ en el ámbito de acogimiento familiar. En su opinión el certificado de idoneidad es necesario, es un método mediante el que podemos obtener información valiosa sobre los adoptantes, sobre sus capacidades y motivaciones, que en definitiva van a ser dos de los factores que más influencia van a tener en el proceso post-adoptivo. A. FERNÁNDEZ-MARTOS tiene además una visión propia sobre la utilidad del certificado de idoneidad, desde su punto de vista los trámites que engloban la adquisición del certificado de idoneidad son oportunidades para hacer reflexionar a la familia, para que se replanteen sus capacidades y motivaciones, y que si tras esa reflexión llegan a la conclusión de que realmente no están preparados para recibir en la familia a un niño adoptado que sean ellos mismos los que opten por retirarse del proceso de adopción.

10. El segundo paso de la fase administrativa de instrucción o fase administrativa previa es la realización de la propuesta previa de adopción internacional, trámite que se encuentra regulado en el Convenio de la Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional¹⁵ (CH 1993), convenio en el cual España es parte¹⁶. El referido Convenio establece un

⁹ G. MARMOLEJO VERA/M. I. LÓPEZ GÓNGORA, *Módulo 3, Capítulo 6. La valoración psicosocial de los solicitantes de adopción*, en R. MARTÍNEZ/J. M. GÓMEZ (dirs.) *La adopción de menores: Retos y necesidades*, Sevilla, Asociación Andaluza de Ayuda a la Adopción y a la Infancia, 2008, p. 145. [Documento en línea], [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < http://asociacionllar.org/user/files/libro_adopcion.pdf>.

¹⁰ *Ibidem*. p. 146 y 147.; MARTA BERTRAN /VICTÒRIA BADIA, “El tiempo de espera en la adopción: ¿tiempo de riesgo o de formación para la prevención para las familias?”, *Aloma: revista de psicología, ciències de l’educació i de l’esport*, nº32, [Documento en línea], 2014, [fecha de consulta: 13 mayo 2016]. Disponible en: < <http://www.raco.cat/index.php/Aloma/article/view/284549/372457>>; A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, “El tiempo de la espera en la adopción internacional: vivencia de la espera y estrategias de afrontamiento”, *Psicothema*, Vol. 20, nº4, [Documento en línea], 2008, [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < <http://www.psicothema.com/pdf/3522.pdf>>;

¹¹ G. MARMOLEJO VERA/M. I. LÓPEZ GÓNGORA, *Módulo 3, Capítulo 6. La valoración psicosocial de los solicitantes de adopción*, Op. Cit, p. 147.

¹² Para profundizar en cada uno de los criterios expuestos Vid. G. MARMOLEJO VERA/M. I. LÓPEZ GÓNGORA, *Módulo 3, Capítulo 6. La valoración psicosocial de los solicitantes de adopción*, Op. Cit, p. 149 y ss.; Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid. BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1995, p. 18545 a 23688. [Web en línea], [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < <https://www.boe.es/boe/dias/1995/08/02/pdfs/A23670-23688.pdf>>.

¹³ Entrevista realizada en el año 2015.

¹⁴ FUNDACIÓN MENIÑOS, [Web en línea], [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < https://www.meninos.org/quien_somos_es.htm>

¹⁵ Instrumento de ratificación del 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. BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995, p. 23447 a 23454 [Web en línea], [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-18485>.

¹⁶ HCCH (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW), *Estado actual del Convenio de 29 de mayo de 1993*

reparto distributivo de competencias administrativas entre las autoridades administrativas de los Estados parte¹⁷, por lo que no debemos olvidar que estamos en la fase previa de constitución de la adopción la cual es netamente administrativa. Este reparto de competencias, y en definitiva la tramitación de la propuesta previa de adopción internacional viene regulada en el Capítulo IV (“*Condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales*”) del Convenio de la Haya de 1993.

b) Fase Judicial de Constitución

11. En España, emitida la propuesta previa de adopción por la Entidad Pública competente se pasa a la fase judicial de constitución de la adopción, la cual, como ya hemos comentado, ha de desarrollarse necesariamente ante un juez español competente para ello¹⁸. Dicha competencia se determina por los foros de competencia establecidos en el artículo 14 LAI¹⁹, determinándose la competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional competente en el artículo 16 LAI, que remite a las normas de jurisdicción voluntaria y en su defecto al órgano judicial elegido por los adoptantes.

12. En cuanto a la Ley aplicable a la adopción internacional, actualmente únicamente cabe la aplicación de la Ley española de acuerdo con el artículo 18 LAI, y en consonancia también con la reciente derogación del artículo 21 de la LAI por la Ley 26/2015. No obstante, encontramos dos excepciones²⁰ a esta regla general de aplicación de la Ley española a la constitución de la adopción en los artículos 19 LAI y 20 LAI, cuyo principal objetivo es evitar las llamadas “adopciones claudicantes”²¹.

B) Adopción Internacional constituida ante Autoridad Extranjera

13. Ante la existencia de una adopción internacional constituida ante autoridad extranjera el artículo 25 LAI establece dos itinerarios posibles para su reconocimiento. Estos itinerarios posibles son por un lado el régimen específico del Convenio de la Haya de 1993²², que propone un reconocimiento basado en la confianza entre los países parte en el mismo, y por otro lado el régimen de producción interna²³ que se basa al contrario que el anterior, en la desconfianza en el país extranjero de constitución de la adopción, al no existir ninguna norma internacional entre los dos países. Por su parte, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 31 LAI referente a la aplicación del orden público internacional en el reconocimiento las adopciones menos plenas constituidas ante autoridades extranjeras.

3. El procedimiento post-adoptivo

14. En el momento en el que la adopción se constituye, los adoptantes y el adoptado pasan a formar una familia como las demás, pudiendo considerar así que en la sociedad española conviven distintos

relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, [Web en línea], [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=69>.

¹⁷ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p.364.

¹⁸ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p. 335. Adopción Consular: Si bien es cierto que hasta ahora hemos venido diciendo que la fase de constitución de las adopciones internacionales es una fase exclusivamente judicial, debemos hacer una matización. “*A pesar de que la adopción consular ha sido una institución criticada por suponer una intrusión en las competencias de jueces y tribunales, el legislador la ha mantenido vigente en nuestro ordenamiento en virtud del principio de “interés superior del menor”. En efecto, se considera que en las situaciones en las que a los menores adoptados no se les permite salir de su Estado de origen, ni tampoco es posible constituir la adopción en ese país, los cónsules españoles pueden constituir adopciones internacionales con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 17 LAI*”.

¹⁹ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p. 332.

²⁰ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p. 337 y 338.

²¹ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p.337. Adopciones claudicantes: las adopciones claudicantes son aquellas que son válidas en España, o en otro país concreto, pero inválidas en otros países que se encuentran conectados con la adopción internacional.

²² A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p. 365 y ss.

²³ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p. 345 y 346.

modelos de familia, todos ellos protegidos por la Constitución Española en su artículo 39.1, incluyendo por tanto entre dichos modelos la familia adoptiva²⁴. A partir de este momento, tras la constitución judicial de la adopción, encontramos poca regulación relativa al proceso post-adoptivo al que se enfrenta la familia y el menor, no obstante, consideramos que estamos ante una de las fases más importantes para la familia, y que la misma debe ser integrada en el proceso de adopción propiamente dicho y no quedar como una fase secundaria, ya que podemos afirmar que realmente es en este momento del proceso en el que se va a determinar el éxito o fracaso de la adopción.

15. Si bien es cierto que la mayoría de las familias adoptivas logran una integración familiar plena, la adopción es un camino diferente al habitual para formar una familia, y que por ello surgen dificultades para sus miembros que derivan en gran parte de las circunstancias que cada uno de ellos trae consigo y del propio proceso para formar una familia a través de la adopción²⁵, sin contar con la estigmatización que en ocasiones sufren las familias adoptivas²⁶. Esto hace que por las dificultades de los padres o de los hijos no se llegue a desarrollar el sentimiento de pertenencia familiar que sin duda consideramos imprescindible para que la adopción resulte exitosa²⁷. Esos problemas a los que se enfrenta la familia adoptiva pueden desembocar en la ruptura de la adopción, que se produce con unas tasas muy variables dependiendo de múltiples factores²⁸, no habiéndose establecido una tasa real de fracaso uniforme. Estos factores denominados “de riesgo” pueden provenir tanto de los padres²⁹ como del niño³⁰, e incluso también de la Administración³¹.

16. Estas dificultades que pueden surgir en el seno de la familia adoptiva, y que pueden desembocar en la ruptura de la familia, requieren un abordaje por parte de profesionales para evitar precisamente esa ruptura. En esta línea, el Convenio de la Haya de 1993 reclama que las Autoridades Centrales de los Estados asuman una serie de funciones para proteger a los niños adoptados y para facilitar la integración familiar, es decir reclama que los Estados establezcan una serie de servicios de post-adopción que sirvan de apoyo a la familia adoptiva. Además, es relevante que los profesionales que presten estos servicios post-adoptivos a las familias estén adecuadamente formados atendiendo a las necesidades específicas que presentan las familias adoptivas³².

²⁴ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº1, [Documento en línea], 2015, [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < <http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>>.

²⁵ B. M. PIQUERAS ALEGRE, *Módulo 4, Capítulo 7. El servicio Postadopción*, en R. MARTÍNEZ/J. M. GÓMEZ (dirs.) *La adopción de menores: Retos y necesidades*, Sevilla, Asociación Andaluza de Ayuda a la Adopción y a la Infancia, 2008, p. 163. [Documento en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016], Disponible en: < http://asociacionllar.org/user/files/libro_adopcion.pdf>.

²⁶ M. J. RODRÍGUEZ-JAUME/D. JAREÑO RUIZ, “Estigma social y adopción internacional en España. ¿Es la familia adoptiva un modelo familiar menos «auténtico» que los basados en lazos biológicos?”, *Papers: revista de sociología*, Vol. 100, nº2, [Documento en línea], 2015, [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < http://ddd.uab.cat/pub/papers/papers_a2015m4-6v100n2/papers_a2015m4-6v100n2p211.pdf>.

²⁷ L. PARRONDO, “Especialización Profesional en los Servicios de Apoyo Postadoptivo”, *Adopciones, Familias, Infancias*”, Nº8, p.1 [Documento en línea], 2009, [fecha de consulta: 20 mayo 2016], Disponible en: < http://ddd.uab.cat/pub/afin/afinSPA/afin_a2009m10n8iSPA.pdf>.

²⁸ A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, *Las adopciones internacionales truncadas y en riesgo en la Comunidad de Madrid*, Madrid, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 2003, p. 30;

²⁹ C. PALAVECINO/P. RODRÍGUEZ/N. ZICAVO, “Vivencias de personas que optaron por la parentalidad adoptiva”, *Ciencias Psicológicas*, Vol. 9, nº2, [Documento en línea], 2015, [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-42212015000300004>.

³⁰ *Ibidem*. P. 163 y 164.; GRUPO DE DESARROLLO DE LA GUÍA CORA, “Consenso en adopción internacional. Consenso en adopción internacional. Extracto de la Guía CORA para pediatras y otros profesionales sanitarios”. *Revista Pediatría Atención Primaria*, Vol. XI, nº17, [Documento en línea], 2009, [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < http://www.pap.es/FrontOffice/PAP/front/Numero-Actual/-/Suplementos/Detalle-Revista/Suplemento/_xLYQxcKpAadooGUqYnVybVXc2UCogNGUJ_gvvdIEiDc>.

³¹ B. M. PIQUERAS ALEGRE, *Módulo 4, Capítulo 7. El servicio Postadopción*, Op. Cit., p. 163

³² L. PARRONDO, “Especialización Profesional en los Servicios de Apoyo Postadoptivo”, *Adopciones, Familias, Infancias*”, Op. Cit., p. 12 y 13.

17. En España los Servicios de post-adopción han ido instaurándose de manera muy lenta en las diferentes Comunidades Autónomas. Estos servicios se presentan como servicios de ayuda a las familias, tanto para las personas que han adoptado como a las que han sido adoptadas para poder afrontar las dificultades que plantea la integración familiar en los procesos de adopción. Sin embargo, la mayoría de las veces la concepción del servicio de post-adopción no es el que hemos estado exponiendo hasta ahora, sino que la post-adopción se concibe como una serie de controles, los denominados informes de seguimiento que se realizan a petición de los Estados de origen de los menores adoptados elaborados por diferentes entidades dependiendo de cómo se haya tramitado la adopción. En el caso particular de la Comunidad de Madrid, encontramos en una guía explicativa para las familias adoptantes³³ la existencia del sistema de control y también la existencia de un sistema de apoyo más psicológico y social orientado a la integración familiar.

18. Si cambiamos de perspectiva, y nos ponemos de nuevo en la piel de la familia adoptiva que necesita apoyo psicológico y social, encontramos en la Comunidad de Madrid recursos y servicios como el programa “APOSTAD” (que viene de A-poyo POST AD-optivo) o los CAEF’s (Centro de Apoyo y Encuentro Familiar). No obstante cabe matizar que estos últimos no están especializados en Adopción Internacional, sino que prestan ayuda a las familias en temas variados, como por ejemplo divorcios o problemas de convivencia familiar.

19. En relación con la eficacia práctica de los servicios de este recurso, contamos con la opinión de S. GARRIGOS, coordinadora del CAEF Alcorcón-Móstoles³⁴. Desde el punto de vista de S. GARRIGOS, hay varios aspectos a mejorar en los servicios que se ofrecen en los centros, entre ellos, y uno de los más importantes para el proceso post-adoptivo es la orientación psicológica que se ofrece a las familias. Los CAEF ofrecen tres sesiones de terapia psicológica y una sesión de seguimiento, número de sesiones que suele ser insuficiente para tratar problemas en el proceso de post-adopción, por ello cuando el número de sesiones se considere insuficiente en un caso concreto, los usuarios serán derivados a uno de los siete CAF’s del Ayuntamiento de Madrid que ofrecen un servicio más profundo y completo en orientación psicológica. En el mismo sentido, considera que hacen falta en términos generales más profesionales con una formación específica en materia de post-adopción que sean capaces de entender y abordar la problemática de esos menores y familias, la cual nada tiene que ver con la problemática que pudiera presentar otro modelo de familia. “En el proceso de post-adopción muchas familias demandan acompañamiento, el cual es difícil de obtener tanto a nivel público como a nivel privado, no hay profesionales debidamente formados y tampoco hay una información clara sobre los servicios que se ofrecen”, asegura S. GARRIGOS.

20. Contamos también en este punto con la opinión del psicólogo A. FERNÁNDEZ-MARTOS, el cual coincide con lo expuesto sobre el seguimiento que a día de hoy se realiza a la familia adoptiva. Si bien es cierto que las entrevistas para realizar el informe de seguimiento son necesarias, el proceso post-adoptivo no debe centrarse sólo en ellas, este debe ser concebido como un apoyo para la familia adoptiva, y no sólo como un control social o una continua evaluación o examen sobre las capacidades parentales de los adoptantes. En opinión del psicólogo, el proceso post-adoptivo, entendido como un apoyo fundamental para la familia adoptiva, se ha relegado a un segundo lugar siendo los programas planteados bastante pobres e insuficientes, y surgiendo de este modo un gran número de asociaciones en las que padres adoptivos que no encuentran respuestas ni soluciones se agrupan para buscarlas.

21. Por último, y en relación con la búsqueda de apoyo por parte de las familias adoptivas en asociaciones, contamos con una entrevista realizada a la Asociación ATLAS³⁵ en defensa de la Adopción. Al

³³ A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO/B. GÓMEZ BENGOCHEA/S. ADROHER BIOSCA, *Adopción Internacional en la Comunidad de Madrid*, Madrid, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, 2007, p. 59 y ss. [Documento en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016], Disponible en: < <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3D1362-WEB.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1202799915366&ssbinary=true>>.

³⁴ Entrevista realizada en el año 2015.

³⁵ La Asociación ATLAS se funda en 1997 por cuatro familias que habían adoptado internacionalmente y la razón principal

hablar de la fase post-adoptiva en el procedimiento de adopción internacional, consideran que los servicios y facilidades que se ofrecen tanto desde el ámbito público como desde los OAA's son, desde su propia experiencia muy escasos. Por último cabe señalar que la Asociación ATLAS lucha sobre todo en el campo de la escolarización de los menores adoptados³⁶, en el que consideran que queda mucho por hacer para que la adaptación de los menores a su nueva familia y entorno se desarrolle de la mejor manera posible.

22. En definitiva, podemos afirmar que el proceso de post-adopción concebido como un proceso psicológico de adaptación del menor a su nueva familia y a su nuevo entorno, y de adaptación de la familia al menor, queda relegado a un segundo plano, ya que tal y como adelantábamos al principio hoy en día el proceso post-adoptivo se centra en las entrevistas de seguimiento y control exigidas por el país de origen de los menores y no en la adaptación real de los mismos.

III. La intervención de los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional en la Fase Administrativa de Instrucción

23. La tramitación de las adopciones internacionales en España (constitución de adopción internacional ante Autoridad española) se divide en dos fases claramente diferenciadas, como ya hemos estudiado. En primer lugar encontramos la Fase Administrativa de Instrucción o Fase Administrativa Previa, la cual tiene carácter administrativo y engloba los primeros trámites necesarios para la constitución de la adopción internacional. En segundo lugar tenemos la Fase Judicial de Constitución de la adopción internacional, la cual ha de desarrollarse necesariamente ante un juez español competente para ello. Es en la primera fase Administrativa de Instrucción donde se brinda a los solicitantes de adopción internacional la oportunidad de elegir entre diferentes vías para la tramitación del expediente, no siendo posible realizar ningún tipo de elección en la Fase de Constitución ya que, esta fase es exclusivamente judicial.

24. A lo largo del proceso de valoración de los adoptantes y una vez emitido el certificado de idoneidad, los solicitantes de adopción internacional deberán decidir la vía de tramitación del expediente, pudiendo elegir entre tramitar el mismo a través de las Administraciones Públicas españolas competentes, o a través de un Organismo Acreditado para la Adopción Internacional (conocido como Organismo Acreditado para la Adopción, de aquí en adelante OAA), anteriormente conocido como Entidad Colaboradora de Adopción Internacional (ECAI):

- Protocolo Público: como ya sabemos, España ratificó el CH 1993 y de acuerdo a la exigencia establecida en su artículo 6 España estableció 17 Autoridades Centrales diferentes, una por cada comunidad autónoma³⁷; al ser la protección de menores una competencia de las distintas comunidades autónomas, el expediente será tramitado en los Servicios de Protección de Menores o Servicios Específicos de Adopción de las mismas³⁸. De esta forma, los solicitantes

fue la falta de información que se ofrecía a las familias que querían o que habían adoptado a un menor. A día de hoy la asociación sigue dando apoyo a las familias sin ningún ánimo de lucro, orientando tanto a aquellas personas que quieren adoptar, como aquellas que están en pleno procedimiento de adopción, y también a aquellas que ya tienen menores adoptados, tanto nacionales o internacionales.

³⁶ Para más información sobre la inclusión educativa de los menores Vid. M^a A. ESPINO BRAVO/A. M. CASINO GARCÍA/L. I. LLINARES INSA, "Familia, escuela y adopción internacional. La inclusión educativa", *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, n^o48, [Documento en línea], 2014, [fecha de consulta: 13 mayo 2016], Disponible en: < <http://summa.upsa.es/viewer.vm?id=0000032908&page=1&search=&lang=es&view=main>>.

³⁷ A. CERQUEIRO NUÑEZ, Xunta de Galicia, *Las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional*, [Documento en línea], 2013, p.8 [fecha de consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: < http://adopcions.xunta.es/files_editor/file/guia%20ecai%20castellano.pdf>.

³⁸ M. A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Colección Monografías de Derecho Civil, I. Persona y Familia, Madrid, Dykinson, 2004, p. 166.; MSSSI, GOBIERNO DE ESPAÑA, *Dónde acudir si quieres tramitar una Adopción Internacional: recursos públicos y privados en España*, [Documento en línea], 2008, p. 26, [fecha de consulta: 13 mayo 2016]. Disponible en: <<http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/agendaRecursosAdopcion.pdf>>; MSSSI, GOBIERNO DE ESPAÑA, [Web en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: <<http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/procedAdopcion/etapasTramitacion.htm>>

de adopción internacional deberán dirigir toda la documentación del expediente de adopción internacional a la Autoridad Central de su Comunidad Autónoma para que esta la remita al país de origen y se coordine con las correspondientes autoridades para la tramitación de la solicitud de adopción internacional.

- Organismo Acreditado para la Adopción Internacional: Si se opta por la tramitación a través del citado organismo, la Autoridad Central competente de la comunidad autónoma enviará al OAA los documentos administrativos y esta será la encargada de completar el expediente y remitirlo a la persona que la represente en el país de origen del menor para su presentación ante las autoridades competentes de este último³⁹.

25. La posible elección de una u otra vía para la tramitación del expediente de adopción internacional dependerá de dos circunstancias⁴⁰:

- En primer lugar, si el país de origen del menor ha fijado o no una vía exclusiva para el trámite de los expedientes de adopción internacional. En este sentido, países como la India o Bolivia han optado por que la tramitación de los expedientes de adopciones internacionales se realice de forma exclusiva a través de OAA's, lo que reduce las posibilidades de los solicitantes de adopción en estos países a una vía.
- En segundo lugar, si la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas españolas, haya acordado que en determinado Estado se van a tramitar las solicitudes de adopción internacional a través de los OAA's tal y como se establece en el párrafo cuarto del artículo 6.2 LAI. En este caso ocurre lo mismo que en el anterior, las posibilidades de tramitación de los solicitantes de adopción internacional se reducen a la tramitación a través de un OAA.

26. De acuerdo a todo lo anterior, podemos establecer que en ningún caso es obligatoria la tramitación del expediente de adopción internacional a través de un OAA, excepto que el país de origen o de recepción del menor así lo exija, y que por lo tanto, a excepción de los dos casos comentados, los solicitantes podrán elegir libremente entre la tramitación a través de la Autoridad Pública competente, o a través de un OAA.

27. Esta posibilidad de elección en cuanto a la vía de tramitación del expediente de adopción internacional que se ofrece a los solicitantes nace gracias al CH 1993, el cual ofrece a las Autoridades Centrales de los Estados parte la posibilidad de delegar en su artículo 22.1⁴¹. La misma Conferencia de la Haya, ha publicado una Guía de Buenas Prácticas titulada "*Acreditación y organismos acreditados para la adopción: Principios generales y Guía de Buenas Prácticas n°2*", en la que se establecen ciertos estándares orientados a que la acreditación de los organismos acreditados de los Estados parte en el CH 1993 se realice de forma que se cumplan los objetivos del CH 1993 referidos a este tipo de organismos. Esta guía, a pesar de no ser vinculante para los Estados, ofrece una oportunidad de aumentar la seguridad jurídica de los mismos en materia de organismos acreditados y acreditación de los mismos a través de una serie de recomendaciones. Ese aumento de la seguridad jurídica repercute de forma positiva en las relaciones entre los países que tramitan solicitudes de adopción internacional, e indirectamente repercute también de forma positiva en los solicitantes de adopción internacional de los países.

28. Por último, cabe comentar otra vía posible para la tramitación de adopciones internacionales igualmente válida que las anteriores que hemos estudiado, pero que presenta mayores riesgos para los

³⁹ A. CERQUEIRO NUÑEZ, Op. Cit., p.9

⁴⁰ MSSSI, GOBIERNO DE ESPAÑA, [Web en línea], Op. Cit.; A. CERQUEIRO NUÑEZ, Op. Cit., p.9; Para consultar los posibles itinerarios en los distintos países Vid. MSSSI, GOBIERNO DE ESPAÑA, [Web en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016], Disponible en: < <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/informPaísesOrigen/pdf/cuadro.pdf>>

⁴¹ Artículo 22.1 CH 1993: *Las funciones atribuidas a la Autoridad Central por el presente Capítulo pueden ser ejercidas por autoridades públicas o por organismos acreditados conforme al Capítulo III, en la medida prevista por la ley de este Estado.*

solicitantes de adopción internacional y para el propio menor adoptando. Hablamos de las adopciones independientes⁴², en las que los adoptantes tramitan la adopción con ayuda de mediadores no acreditados. Este trámite se suele desaconsejar por considerarse que existe un riesgo elevado de encontrar supuestos de tráfico de menores, no obstante este tipo de adopciones pueden llevarse a cabo siempre que la legislación del país de origen no lo prohíba, ya que encontramos países de origen de los menores que exigen como requisito *sine qua non* que en la tramitación del procedimiento intervengan entidades acreditadas. A pesar de que esta vía de tramitación está abierta a los solicitantes de adopción internacional, debemos tener en cuenta que plantea dos grandes inconvenientes; por un lado podemos considerar que este tipo de adopciones atentan contra uno de los principios más importantes del procedimiento de adopción internacional, que es el de evitar el enriquecimiento por parte de los agentes que intervienen en el mismo, y por otra parte debemos tener en cuenta que a pesar de que no todas las adopciones independientes pueden calificarse como fraudulentas o negativas, sí es cierto que los factores de riesgo para la violación de los derechos de los menores adoptandos crecen notablemente⁴³.

1. Evolución hacia los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional. Razones de su aparición

29. Hasta el momento hemos hablado de la existencia de unos mediadores en el proceso de adopción internacional a los que los solicitantes de adopción internacional pueden acudir para tramitar el expediente de adopción denominados Organismos Acreditados para la Adopción Internacional o OAA's, sin embargo llegados a este punto cabe realizar una explicación más pormenorizada sobre estos organismos.

30. Los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional⁴⁴, son entidades privadas sin ánimo de lucro, que tienen como finalidad en sus estatutos la protección de la infancia, acreditadas por la Autoridad competente de la Comunidad Autónoma en la que van a desarrollar su actividad, para realizar funciones de intermediación en los procesos de adopción internacional y autorizadas para ello por el organismo competente en materia de adopción en el país donde van a actuar⁴⁵. La actividad de intermediación en la adopción internacional se define a su vez en el artículo 6.1 LAI: "*Se entiende por intermediación en la adopción internacional toda actividad que tenga por objeto intervenir poniendo en contacto o en relación a los solicitantes de las adopción con las autoridades, organizaciones e instituciones del país de origen o residencia del menor susceptible de ser adoptado y prestar la asistencia suficiente para que la adopción se pueda llevar a cabo*".

31. Como hemos podido comprobar hasta ahora, el procedimiento de adopción internacional es complejo, en el mismo intervienen diferentes legislaciones, diferentes autoridades y organismos con diferentes funciones y objetivos, e incluso nos encontramos con que los Estados tienen diferentes concepciones sobre la institución adoptiva y la familia⁴⁶. Por todo ello, los OAA's se presentan como uno de los principales agentes especializados en la adopción internacional en los que las familias, desco-

⁴² M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit., p. 188

⁴³ Para más información Vid. M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit., p. 188 y ss.

⁴⁴ Recordamos que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional (OAA's) se conocían como Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAI's). Al ser tan reciente la modificación legislativa en muchos de los documentos que se mencionan se sigue haciendo referencia a la denominación ECAI, no obstante las funciones no han cambiado sino que simplemente lo ha hecho la denominación de los organismos. Por ello independiente de la denominación dada en los documentos y demás recursos utilizados a lo largo del texto se hará siempre referencia a la denominación OAA.

⁴⁵ Artículo 6.2 LAI: *La función de intermediación en la adopción internacional podrá efectuarse por las entidades públicas [...]. La función de intermediación en la adopción internacional podrá efectuarse por los organismos debidamente acreditados. Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de intermediación para adopciones internacionales.*; MSSSI, Gobierno de España, [Documento en línea], Op. Cit., p. 27.

⁴⁶ A. CERQUEIRO NUÑEZ, Op. Cit., p. 3.

necedoras del régimen jurídico que tiene la tramitación de la adopción en el país de origen del menor, desconocedoras de las Autoridades con las que deben contactar y desconocedoras, en general, de cómo tramitar los documentos preceptivos, depositan su confianza para la tramitación de los expedientes de adopción internacional.

32. Las dos principales causas que han llevado a la intervención de estos mediadores en la Fase Administrativa del proceso de adopción internacional, y consecuentemente a la regulación legal de los mismos son las siguientes:

- El aumento del número de solicitudes de adopción internacional que se ha producido en los últimos años, derivado en gran parte por el descenso de niños adoptables a través de la adopción nacional, ha hecho que las entidades públicas se hayan visto incapaces de tramitar tal volumen de expedientes de adopción internacional en un plazo de tiempo razonable, por lo que la posibilidad que se ha brindado a las entidades públicas de delegar ciertas funciones de mediación en los OAA's ha supuesto un desahogo para la administración pública y un ahorro de tiempo para los solicitantes de adopción⁴⁷.
- Otra de las razones que ha llevado a la delegación de competencias a favor de los OAA's ha sido el objetivo de eliminar la mediación privada con ánimo de lucro⁴⁸, que como ya hemos comentado anteriormente, pone en tela de juicio el respeto al interés del menor, principio que debe regir en cualquier procedimiento de adopción internacional.

2. Los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional

33. Los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional cuentan con un papel fundamental en el procedimiento de adopción internacional, y es por ello por lo que su regulación se ha desarrollado para garantizar que los mismos cumplen la legalidad existente. La normativa que regula a los OAA's se encuentra en tres niveles:

- Nivel Internacional. A nivel internacional los OAA's se encuentran regulados por el CH 1993, en el que se establecen las condiciones con las que deben contar las mismas para que las Autoridades Centrales puedan delegar funciones en ellas. Encontramos también en este nivel la Guía nº2 de Buenas Prácticas de la Conferencia de la Haya que hemos venido mencionando, y que a pesar de no ser un instrumento vinculante para los Estados resulta de gran ayuda para lograr la uniformidad de la actividad de los organismos acreditados como los OAA's en los diferentes Estados.
- Nivel Nacional. La Ley nacional que regula los OAA's es la LAI, en la que, como posteriormente veremos con más detalle, en sus artículos 5 a 9 regula cuestiones como la acreditación o el seguimiento y control de los OAA's entre otras.
- Nivel Autonómico. En este punto, es importante recordar que las comunidades autónomas han asumido competencias en materia de protección de menores, encontrándose entre estas materias la regulación de los OAA's en su territorio. Es por ello por lo que deberemos acudir a la normativa propia de cada comunidad autónoma para conocer cómo se regula la actividad de los OAA's.

34. A continuación, vamos a estudiar cómo actúan en el tráfico de acuerdo a la normativa vigente los OAA's, para ello hemos elegido estudiar la situación de los mismos en la Comunidad Autónoma de Madrid, ya que de esta manera podremos profundizar y ejemplificar puntos que quedándonos en la situación general de la normativa estatal (LAI) no quedarían lo suficientemente claros.

⁴⁷ M. GUZMÁN PECES, Op. Cit., p. 168; M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit, p. 169.

⁴⁸ M. GUZMÁN PECES, Op. Cit., p. 168.

35. En este sentido, la normativa autonómica aplicable para nuestro estudio es la siguiente⁴⁹:

- Decreto 62/2003, de 8 de mayo, sobre acreditación, funcionamiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional⁵⁰.
- Orden 526/2013, de 20 de mayo, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se desarrolla el Decreto 62/2003, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, sobre acreditación, funcionamiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, y se establece el modelo oficial de contrato de mediación en Adopción Internacional⁵¹.

A) Constitución y acreditación

36. Los requisitos exigidos a los OAA's para obtener la acreditación necesaria para realizar sus actividades de intermediación en el procedimiento de adopción internacional se recogen en el artículo 7 de la LAI y en las normas de las Comunidades Autónomas, en concreto para la Comunidad de Madrid estos requisitos se encuentran en el Decreto 62/2003 en los artículos 6 a 14.

37. En primer lugar, las exigencias del artículo 7 de la LAI para la obtención de la acreditación son las siguientes:

- Los OAA's deben ser entidades sin ánimo de lucro. En este punto es interesante estudiar la forma jurídica que adoptan los OAA's teniendo en cuenta el principio de prohibición de ánimo de lucro⁵² que rige su actividad y a su vez estudiar también el significado de este principio.

Los OAA's podrán constituirse en asociaciones o fundaciones que estén legalmente constituidas e inscritas en el Registro correspondiente, siempre y cuando tengan por finalidad en sus estatutos la protección de menores, con ausencia de ánimo de lucro⁵³. El ánimo de lucro impide que los OAA's puedan constituirse bajo la forma jurídica de sociedades, ya que estas tanto en el ámbito civil⁵⁴ como en el mercantil⁵⁵ se diferencian de las asociaciones y fundaciones en que su fin primordial es el ánimo de lucro⁵⁶. En definitiva, los OAA's para cumplir con las exigencias propuestas por la LAI y por la normativa de la

⁴⁹ Para más información sobre la evolución de la legislación relativa a la regulación de los OAA's en la Comunidad Autónoma de Madrid Vid. Preámbulo del Decreto 62/2003, de 8 de mayo, sobre acreditación, funcionamiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional.

⁵⁰ Decreto 62/2003, de 8 de mayo, sobre acreditación, funcionamiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional. BOCM núm. 115, de 16 de mayo de 2003, p. 9 a 18. [Web en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016], Disponible en: <http://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/20030516_B/11500.PDF>.

⁵¹ Orden de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se desarrolla el Decreto 62/2003, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, sobre acreditación, funcionamiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, y se establece el modelo oficial de contrato de mediación en Adopción Internacional. BOCM núm. 133, de 6 de junio de 2013, p. 11 a 18. [Web en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016], Disponible en: <http://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/2013/06/06/13300.PDF>.

⁵² Artículo 6.6 LAI: *En las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los gastos necesarios de la intermediación ya probados por la Administración General del Estado y por la Entidades Públicas.*

⁵³ M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit, p. 170

⁵⁴ Artículo 1665 CC: *La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.*

⁵⁵ Artículo 116 CCom: *El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. [...]*

⁵⁶ M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit, p. 170, Citando a P. CONTRERAS: *Ánimo de lucro: <intención de obtener un beneficio económico, tanto si se trata de un lucro directo que ingrese en el patrimonio social y que posteriormente se reparta entre los socios, como si lo que se pretende es conseguir un lucro indirecto, esto es, un ahorro para los socios debido a la prestación por la sociedad a estos de determinados servicios>.*

comunidad autónoma deberán constituirse como asociaciones o fundaciones⁵⁷.

En segundo lugar, parece interesante ver como el principio de prohibición de ánimo de lucro no queda desvirtuado cuando se afirma que los servicios de mediación que prestan los OAA's no son gratuitos. Existen una serie de trámites que realizan los OAA's en su labor de intermediación que suponen un coste, y que deben serle abonados por parte de los solicitantes, no obstante lo que se prohíbe es que el OAA se enriquezca mediante el ejercicio de sus actividades (Art. 6.6 LAI). El límite entre cobrar por los servicios prestados y enriquecerse por parte del OAA es difuso, sobre todo si consideramos que existen diferentes precios en los OAA's para los mismos servicios en una misma Comunidad Autónoma, la cual además ha autorizado las tarifas; es el caso de Cataluña, donde, además, se establece que el excedente de ingresos que se pudiera producir en los OAA's deberá ir destinado a una serie de programas determinados⁵⁸. En este último caso, estamos de acuerdo con M. A. CALZADILLA MEDINA en que lo lógico sería devolver el excedente a las familias, para realmente asegurar que no existe ánimo de lucro en el OAA. Como vemos, el límite entre el cumplimiento y el incumplimiento de la prohibición del ánimo de lucro que se impone a los OAA's es difuso, por lo que en todo caso se alienta a los usuarios de los OAA's a que comuniquen a la autoridad correspondiente cualquier irregularidad que observen en los cobros exigidos por parte del OAA.

Por último, cabe hacer referencia a los esfuerzos de la Conferencia de la Haya para combatir el ánimo de lucro de los OAA's y su extralimitación en el cobro de honorarios a los solicitantes de adopción internacional, de este modo encontramos en la Guía de Buenas Prácticas nº2 una serie de prácticas propuestas presididas por el principio: "*mientras más dinero haya involucrado, menos probable es que se respeten las garantías de adoptabilidad*"⁵⁹.

Los OAA's deben hallarse inscritos en el registro correspondiente. Los OAA's pueden hallarse inscritas en dos registros diferentes sin que ello suponga problema alguno⁶⁰. En este sentido, mientras que la inscripción registral de los estatutos o de la escritura fundacional en el registro correspondiente determina la adquisición de la personalidad jurídica, la inscripción en el registro público nacional creado específicamente para la inscripción de los OAA's da fe de los OAA's que han sido acreditados para realizar sus actividades de mediación. Cabe comentar que el registro nacional comentado ha sido introducido recientemente por la Ley 26/2005, lo que sin duda refuerza la seguridad jurídica de los usuarios de los mismos, ya que puede darse el caso de OAA's cuya acreditación ha sido revocada por la entidad pública competente pero que sin embargo siguen operando en el tráfico jurídico.

- Los OAA's deben tener como finalidad en sus estatutos la protección de menores.
- Los OAA's deben disponer de los medios materiales y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas.
- Los OAA's deben estar dirigidos y administrados por personas cualificadas por su integridad moral, por su formación y por su experiencia en el ámbito de la adopción internacional.

38. En segundo lugar, el Decreto 62/2003 lo que hace por su parte es concretar las exigencias del artículo 7 de la LAI en su artículo 6 desglosando los requisitos exigidos en *Condiciones objetivas de la entidad solicitante, Medios humanos, materiales y técnicos, y Prescripciones técnicas*, y especificando, por ejemplo y entre otras cuestiones, el número de profesionales y los estudios con los que deberán contar los miembros de su equipo multidisciplinar (Art. 6.8 Decreto 62/2003).

La entidad encargada de valorar si el OAA cumple los requisitos expuestos, y por consiguiente proceder a su acreditación, es la Administración General del Estado previo informe de la Entidad Pública en cuyo territorio tengan su sede, de acuerdo con el artículo 7.2 LAI. De acuerdo con lo anterior, en la Comunidad de Madrid la Entidad Pública competente para expedir el informe previo es la Dirección General de Familia y el Menor, adscrita a la Consejería de Políticas Sociales y Familia. Por su parte, el

⁵⁷ Para más información Vid. M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit, p. 169 y ss.

⁵⁸ M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit, p. 176

⁵⁹ HCCH (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW), *Acreditación y organismos acreditados para la adopción*, Op. Cit., p. 74 y ss.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 177.

artículo 7.7 LAI establece que la Administración General del Estado también será competente para suspender o retirar, a iniciativa propia o a propuesta de las Entidades Públicas en su ámbito territorial, mediante expediente contradictorio, la acreditación concedida a aquellos organismos que dejen de cumplir las condiciones que motivaron su concesión o que infrinjan en su actuación el ordenamiento jurídico. La suspensión o retirada de la acreditación podrá tener carácter general, afectando a todos los países para los que estuviera autorizado, o podrá afectar a un país en concreto. En concreto en la Comunidad de Madrid, habrá de estar a los casos contemplados en el artículo 14 del Decreto 62/2003 relativos a la revocación de la acreditación.

39. Después de todo lo anterior cabe matizar que, a pesar de que un OAA cumpla todos los requisitos expuestos tanto en la LAI, como en la normativa específica de la comunidad autónoma, no tiene asegurada su acreditación en la comunidad autónoma. Esto se debe a que algunas comunidades autónomas han establecido el concurso público como mecanismo para conceder las acreditaciones y otras lo establecen como mecanismo excepcional, dependerá del número de solicitudes que se hayan tramitado con el concreto país extranjero al aumentar o disminuir el número de OAA's. De esta manera, lo que se consigue es que se acredite a los OAA's necesarios y a los mejor preparados para cubrir las necesidades de la comunidad autónoma⁶¹. En concreto, el funcionamiento del procedimiento de acreditación en la Comunidad Autónoma de Madrid se establece en el artículo 8 del Decreto 62/2003⁶². Es importante en este punto esclarecer que la acreditación de los OAA's se realiza en relación a un país extranjero concreto, es decir, que la acreditación se expide por parte de la entidad pública competente para que el OAA actúe como entidad mediadora en tramitaciones de expedientes para un país concreto, si el OAA deseara tramitar solicitudes de adopción internacional en más de un país extranjero deberá solicitar acreditaciones separadas para cada uno de esos países.

40. Por otro lado, para que un OAA pueda desarrollar sus funciones como entidad mediadora en procedimientos de adopción internacional, no es suficiente con que cuente con la acreditación concedida por la entidad pública competente de la comunidad autónoma, ya que muchos estados extranjeros de origen de los menores adoptandos exigen que los OAA's extranjeros (en nuestro caso los OAA's españoles) obtengan en dichos Estados una acreditación para poder operar⁶³.

B) Funciones y actividades

41. Ya hemos visto que las funciones que desarrollan los OAA's son actividades de intermediación en el procedimiento de adopción internacional, no obstante cabe profundizar en las actividades que se les atribuye tanto a nivel nacional (LAI), como a nivel autonómico (en nuestro caso en la Comunidad de Madrid mediante el Decreto 62/2003), aunque en primer lugar cabe mencionar que las funciones y actividades de las entidades públicas competentes vienen establecidas en el artículo 5 de la LAI.

42. Las funciones y actividades que la LAI prevé en su artículo 6.3 para las OAA's acreditadas son las siguientes

- a) *Información a los interesados en materia de adopción internacional.*
- b) *Asesoramiento, formación y apoyo a las personas que se ofrecen para la adopción en el significado e implicaciones de la adopción, en los aspectos culturales relevantes y en los trá-*

⁶¹ M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit., p. 174.

⁶² El Art. 8 del Decreto 62/2003 establece que se procederá a la acreditación a través de un procedimiento selectivo publicado mediante Orden cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas; como ejemplo tenemos la Orden 698/2008, de 11 de abril, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, por la que se aprueban las bases reguladoras y la convocatoria de concurso selectivo para la acreditación de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (EE CC AA II) que van a desarrollar funciones de mediación en los procedimientos de adopción que se efectúan en la República Socialista de Vietnam. BOCM núm. 110, de 9 de mayo de 2008, p. 30 a 36. [Web en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: <https://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/20080509_B/11000.pdf>.

⁶³ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p. 370.

- mites que necesariamente deban realizar en España y en los países de origen de los menores.*
- c) *Intervención en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes, tanto españolas como extranjeras.*
- d) *Intervención en la tramitación y realización de las gestiones correspondientes para el cumplimiento de las obligaciones postadoptivas establecidas para los adoptantes en la legislación de origen del menor adoptado, que les serán encomendadas en los términos fijados por la Entidad Pública española donde resida la familia que se ofrece para la adopción.*

43. En segundo lugar, la normativa autonómica pertinente desarrolla las funciones establecidas por la LAI para los OAA's, en concreto para la Comunidad Autónoma de Madrid el Decreto 62/2003 establece en sus artículos 15 a 17 la relación de las funciones y actividades que deberán ofrecer los OAA's en la Comunidad de Madrid, y de esta forma las divide en *Funciones y actividades previas* (art. 15), *Funciones y actividades durante la tramitación del expediente* (art. 16) y *Funciones y actividades posteriores* (art. 17).

44. Es relevante en este punto, concretar que en ningún caso las entidades públicas podrán delegar la expedición del certificado de idoneidad⁶⁴ de los solicitantes de adopción internacional a los OAA's. En este punto nos planteamos una simple pregunta ¿Por qué? Consideramos que la delegación de la realización del certificado de idoneidad a los OAA's puede ayudar a simplificar la tramitación del expediente de adopción internacional al ofrecer una serie de ventajas:

- se reduciría el tráfico de documentos entre las entidades públicas y los OAA's.
- se podría alcanzar una especialización en los evaluadores ya que los mismos se dedicarían a la evaluación de los solicitantes para un determinado país de origen.
- la delegación de los certificados de idoneidad de los expedientes tramitados a través de OAA permitiría desahogar el volumen de solicitudes que reciben las entidades públicas.
- todo lo anterior repercutiría en un gran ahorro de tiempo en la tramitación del expediente.

45. Sin embargo, es cierto que todas las ventajas que ofrece la delegación de la realización certificado de idoneidad a los OAA's se podrían ver desvirtuadas si no existe un control sobre las mismas, ya que algunas de ellas podrían ver la oportunidad de conceder los certificados de idoneidad a solicitantes no idóneos sólo para poder tramitar la solicitud de adopción, lo que iría en contra del principio de interés de los menor que debe regir en todo el procedimiento de adopción internacional. Por ello se plantea que la delegación se podría llevar a cabo si se encomendara al organismo encargado de la supervisión del OAA la supervisión también de este aspecto.

46. Por otro lado, haciendo un ejercicio de Derecho comparado y acudiendo a la legislación estadounidense, encontramos que en la misma las entidades privadas son las encargadas de la realización del certificado de idoneidad de los solicitantes de adopción internacional⁶⁵, por lo que vemos que esta opción ya se encuentra funcionando en otros países.

C) Régimen de funcionamiento y obligaciones

47. Las principales obligaciones a las que se encuentran sometidos los OAA's para realizar sus

⁶⁴ Artículo 5.d) LAI: *La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad, previa elaboración bien directamente o a través de instituciones o entidades debidamente autorizadas, del informe psicosocial de las personas que se ofrecen para la adopción, y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento.* MSSSI, Gobierno de España, [Documento en línea], Op. Cit., p. 27

⁶⁵ BUREAU OF CONSULAR AFFAIRS-U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Working with an Adoption Service Provider*; [Web en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016], Disponible en: < <http://travel.state.gov/content/adoptionsabroad/en/adoption-process/how-to-adopt/working-with-an-adoption-service-provider.html> >

actividades son las siguientes:

- Conocer y respetar en el desarrollo de sus funciones y actividades la legislación internacional, nacional y autonómica, así como la legislación del país extranjero de origen de los menores.
- Conocer y respetar en el desarrollo de sus funciones y actividades los principios generales que rigen el procedimiento de adopción internacional, teniendo especial consideración al principio de interés superior del menor.
- Tramitar exclusivamente los expedientes que cuenten con el preceptivo certificado de idoneidad expedido por la entidad pública competente.
- Conocer y respetar lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal⁶⁶, en cuanto a la utilización y cesión de datos de los usuarios de sus servicios.
- Contar con representación en el país de recepción de menores y en el país de origen.
- Respetar las limitaciones en la tramitación de expedientes de adopción internacional, conforme a las cuales un solicitante de adopción internacional no podrá tramitar el mismo expediente a través de varias vías, esto es a través de entidad pública y OAA, o a través de dos OAA's diferentes; tampoco es posible tramitar al mismo tiempo expedientes para varios países diferentes. No obstante, cuando el país paralice los trámites de todos los expedientes de adopción internacional ya iniciados, sin que pueda preverse una continuación de estos en un plazo próximo, la entidad pública competente, podrá autorizar la tramitación de un segundo expediente en un país distinto, y si posteriormente, el país levantara dicha paralización, las personas solicitantes deberán optar por un expediente y desistir del otro. En general, la única tramitación de expedientes que podrán realizarse simultáneamente por parte de los solicitantes de adopción será un expediente de adopción nacional y otro de adopción internacional.
- Con carácter general los OAA's se encuentran acreditados para gestionar los expedientes de adopción internacional de los solicitantes que pertenezcan a su comunidad autónoma. No obstante, mediante el Acuerdo de Cooperación Interautonómico en materia de tramitación de solicitudes de adopción internacional a través de ECAI's, de 4 de noviembre de 1997, se acordó que los OAA's pudieran gestionar solicitudes de personas que fueran residentes en otras comunidades autónomas, siempre y cuando en sus comunidades autónomas de residencia no existiera ningún OAA habilitado para tramitar el expediente de adopción internacional con un país determinado⁶⁷.

48. En concreto el régimen de funcionamiento y obligaciones de los OAA's de la Comunidad de Madrid se establece en los artículos 18 a 24 del Decreto 62/2003.

D) Régimen económico y financiero

49. En cuanto al régimen económico y financiero de los OAA's es importante tener en cuenta que no podrán imputarse a la misma gastos provenientes de la asociación o fundación que la sustenta, por lo que se deberá llevar una contabilidad separada y exclusiva en la que se registren los ingresos y los gastos derivados de las actividades y funciones que realiza el OAA en su papel como mediador en el procedimiento de adopción internacional.

50. El régimen económico y financiero de los OAA's se establece de manera pormenorizada en la legislación autonómica, en el caso de la Comunidad de Madrid la regulación de estas cuestiones se encuentra en los artículos 25 a 34 del Decreto 62/2003. A modo de ejemplo, este Decreto regula cues-

⁶⁶ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. BOE núm. 298, de 13 de diciembre de 1999, p.43088 a 43099. [Web en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750>>.

⁶⁷ M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit., p. 173; A. CERQUEIRO NUÑEZ, Op. Cit., p.18; A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO/B. GÓMEZ BENGOCHEA/S. ADROHER BIOSCA, Op. Cit., p. 48.

tiones como los ingresos recibidos de los solicitantes, los cuales no podrán ser superiores a los costes y gastos reales de la tramitación previstos en el proyecto presentado para la acreditación y justificados en las memorias anuales (Art. 25), la diferenciación entre gastos directos y gastos indirectos (Art. 27), la consideración de las donaciones humanitarias (Art. 28), el fraccionamiento de los pagos (Art. 30) o la publicidad de los costes (Art. 31).

E) Supervisión y control

51. La importancia de las actividades que desarrollan los OAA's en el procedimiento de adopción internacional hace indispensable que las mismas sean inspeccionadas y controladas, en este sentido el artículo 7.2 LAI establece que competirá a la Administración General del Estado el control y seguimiento de los OAA's respecto de las actividades de intermediación que vayan a desarrollar en el país de origen de los menores, y por su parte el apartado tercero del mismo artículo dispone que *“El control, inspección y seguimiento de estos organismos respecto a las actividades que se vayan a desarrollar en el territorio de cada comunidad autónoma, corresponderá a la Entidad Pública competente en cada una de ellas, de acuerdo con las normativa autonómica aplicable. Las entidades públicas competentes procurarán la mayor homogeneidad posible en los requisitos básicos para la realización de esa actividad de control, inspección y seguimiento”*. Por último, cabe comentar que el artículo 7 estipula también en su apartado octavo que para el seguimiento y control de los OAA's se establecerá la correspondiente coordinación de la Administración General del Estado con las Entidades Públicas.

52. Siguiendo estas exigencias, las Comunidades Autónomas han establecido la supervisión de los OAA's por parte de los Servicios de Inspección de la entidad pública autonómica, en este sentido encontramos para Madrid el artículo 35 del Decreto 62/2003 en el que se designa al Instituto Madrileño del Menor y la Familia como principal entidad supervisora de los OAA's que desarrollan funciones en la Comunidad de Madrid. No obstante, debemos tener en cuenta que el Instituto Madrileño del Menor y la Familia creado por la Ley 2/1996, de 24 de junio, de creación del Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia⁶⁸ fue suprimido por el art. 5.7 del Decreto 72/2015, de 7 de julio, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid⁶⁹, asumiendo sus competencias la Dirección General de Familia y el Menor, adscrita a la Consejería de Políticas Sociales y Familia⁷⁰.

53. Además de la designación de la entidad pública competente en la Comunidad Autónoma encargada de la supervisión de los OAA's, los Decretos de las Comunidades Autónomas también precisan el régimen sancionador aplicable a los OAA's; en el caso de Madrid encontramos el régimen sancionador aplicable en el artículo 37 del Decreto 62/2003, el cual remite al régimen sancionador establecido en el Título IV de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid⁷¹, en el Capítulo IV de la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad

⁶⁸ Ley 2/1996, de 24 de junio, de creación del Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia. BOCM núm. 156, de 2 de julio de 1996, p. 3 a 6. [Web en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: < https://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/19960702_B/15600.pdf>.

⁶⁹ Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid. BOCM núm. 160, de 8 de julio de 2015, p. 15 a 21. [Web en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: < https://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/2015/07/08/16000.PDF>. Corrección de errores: BOCM de 13 y 24 de julio de 2015.

⁷⁰ Véase el Decreto 197/2015, de 4 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de de la Consejería de Políticas Sociales y Familia. BOCM 185, de 6 de agosto de 2015, p. 94 a 104. [Web en línea], [fecha de consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: < https://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/2015/08/06/18500.PDF>. Corrección de errores: BOCM de 7 de agosto de 2015.

⁷¹ Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid. BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1995, p. 23670 a 23688. [Web en línea], [fecha de consulta: 6 de diciembre 2014]. Disponible en: < <http://www.boe.es/boe/dias/1995/08/02/pdfs/A23670-23688.pdf>>.

en la Prestación de Servicios Sociales en la Comunidad de Madrid⁷², y en el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid⁷³. También se prevén en la normativa autonómica cauces de información y comunicación con las autoridades y entidades competentes que se encuentren en el Estado extranjero de origen en el que los OAA's están autorizadas para desarrollar sus funciones en el procedimiento de adopción internacional, y también con los órganos competentes de otras Comunidades Autónomas en las que el OAA se encuentre igualmente acreditado, en concreto en la Comunidad de Madrid el Art. 35.2 del Decreto 62/2003 dispone que *“Cuando la misma Entidad Colaboradora sea acreditada también en otra u otras Comunidades Autónomas, el Instituto Madrileño del Menor y la Familia establecerá la oportuna coordinación con sus órganos competentes a efectos de control”*).

54. Es interesante en este punto estudiar qué ocurre cuando un organismo acreditado en varias Comunidades Autónomas pierde la acreditación en alguna de ellas, ya que vimos que la Administración General del Estado por iniciativa propia o a propuesta de las Entidades Públicas en su ámbito territorial podrá suspender o retirar la acreditación concedida a los organismos, pudiendo tener dicha retirada carácter general, afectando así a todos los países para los que estuviera autorizado, o sólo para algún país concreto, y por otra parte que ocurre cuando es el país de origen de los menores el que desacredita la actividad de la ECAI en el país, ya que como vimos las ECAI's deben contar con una doble acreditación (en el país de recepción de menores y en el país de origen) para poder desarrollar su función de mediación en el procedimiento de adopción internacional⁷⁴.

55. Para resolver la primera cuestión, debemos recordar dos aspectos que ya hemos visto. En primer lugar que, a pesar de la última reforma de la LAI en la que se otorgan a la Administración General del Estado competencias para intentar conseguir una mayor unificación, la regulación de las actividades de los OAA's sigue siendo fundamentalmente autonómica, y por tanto rige el principio de territorialidad, y en segundo lugar, derivado de lo anterior, debemos tener en cuenta que cada Comunidad Autónoma ha establecido su proceso y sus requisitos de acreditación de OAA's en su territorio. Por lo anterior, podemos establecer que la desacreditación de un OAA en una Comunidad Autónoma no va a impedir que el mismo OAA continúe con sus actividades de mediación en otra Comunidad Autónoma en la que mantenga la acreditación. No obstante, esta situación hace que la Comunidad Autónoma en la que el OAA continúa acreditada para prestar servicios supervise de manera más exhaustiva la actuación de dicho organismo. Por otro lado, es importante considerar también los efectos que esta desacreditación del OAA supone para las relaciones de la misma con el Estado de origen con el que desarrolla sus servicios de mediación. Cuando se produce esta situación, los países de origen no entienden por qué deben dejar de mantener el contacto con un OAA con el que hasta ese momento estaban tramitando las solicitudes de adopción, y que además sigue acreditado en su país. En definitiva, la desacreditación de un OAA genera desconfianza tanto a nivel nacional entre las autoridades públicas competentes de las Comunidades Autónomas, como a nivel internacional con los países de origen de los menores, donde se han dado casos en los que las tramitaciones se suspendieron hasta que la situación se hubo aclarado.

56. En la resolución de la segunda cuestión planteada, debemos recordar la necesidad de que los OAA's obtengan la doble acreditación que hemos comentado anteriormente para poder actuar como mediadoras. Para conocer las consecuencias que la retirada de la acreditación del OAA en el país de origen

⁷² Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de Servicios Sociales en la Comunidad de Madrid. BOCM núm. 304, de 23 de diciembre de 2002, p. 3 a 11. [Web en línea], [fecha de consulta: 6 de diciembre 2014]. Disponible en: < http://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/20021223_B/30400.PDF>.

⁷³ Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid. BOCM núm. 279, de 23 de noviembre de 2000, p. 10 a 14. [Web en línea], [fecha de consulta: 6 de diciembre 2014]. Disponible en: < http://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/20001123_B/27900.PDF>.

⁷⁴ M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit., p.185 y ss.

de los menores tiene para el organismo, habrá que estar a lo dispuesto en la legislación del Estado de origen, considerándose que en general se producirá la paralización en la tramitación de los expedientes que estuviese gestionando el OAA sin que pueda hacerse nada para evitarlo. Esta suspensión en las tramitaciones acarrearán consigo que los solicitantes de adopción internacional tengan que buscar otro mediador para la tramitación del expediente de adopción, y que por su parte el OAA devuelva a dichos solicitantes las cantidades proporcionales que los mismos habían aportado para hacer frente a los gastos derivados de la tramitación del expediente de adopción internacional, así como abonarles las cantidades que se determinen si el OAA ha incurrido en responsabilidad. En este punto, cabe plantearnos qué pasaría si el OAA al que el país de origen ha retirado la acreditación estuviera acreditado en alguna otra Comunidad Autónoma. En esta situación, habrá de entenderse que la retirada de la acreditación en el país de origen afecta a la actuación del OAA en todas las Comunidades Autónomas en las que se encuentre acreditada, es decir, que el organismo en cuestión no podrá tramitar expedientes de adopción internacional con el país de origen que le ha revocado la acreditación en ninguna de las Comunidades Autónomas en las que se encuentre acreditado. Esta situación conlleva al final a la retirada de la acreditación igualmente por parte de las entidades públicas competentes de las Comunidades Autónomas en las que se encuentra el OAA, así como a una inspección por parte también de la entidad pública competente para investigar los motivos que han llevado a la retirada de la acreditación por parte del país de origen.

57. Otros de los mecanismos que se ofrecen para el control y supervisión de los OAA's son, la creación de un registro público nacional específico de los OAA's (Art. 7.2 LAI), un control sobre el número de OAA's en el caso de que el país extranjero de origen fije un límite en el número de los mismos (Art. 7.5 LAI), un control sobre el número de expedientes a tramitar con cada país y la distribución de ese número máximo entre comunidades autónomas y organismos acreditados (Art. 4.5 LAI), y por último, la creación de Registros de Reclamaciones e Incidencias formuladas por los usuarios de los OAA's contra los mismos (Art. 8.3 LAI), en la Comunidad de Madrid se crea este Registro de reclamaciones en virtud del artículo 39 del Decreto 62/2003.

58. Atendiendo a todo lo anterior, podemos observar que en nuestro país la supervisión e inspección de los OAA's es una actividad que se encuentra sometida al principio de territorialidad, por lo que cada Comunidad Autónoma encarga esta función a una entidad propia, la cual suele ser la entidad encargada de expedir el informe previo para la acreditación del organismo para la adopción internacional, produciéndose así un control muy dividido a pesar de la existencia de mecanismos de comunicación entre Comunidades Autónomas. Y aunque si bien es cierto que la LAI ha introducido la supervisión de la Administración General del Estado sobre las actividades que los organismos vayan a desarrollar en el país de origen de los menores, la regulación y control de las actividades de los OAA's se puede seguir considerando eminentemente autonómica.

Desde nuestro punto de vista, esta gestión de la calidad de los OAA's es acertada, ya que nadie mejor que la entidad pública de la Comunidad Autónoma conoce la legislación aplicable y los OAA's que actúan en su territorio. No obstante, creemos que sería acertado crear un organismo especializado de control a nivel nacional que supervisase la actuación de los OAA's, sobre todo las actividades de aquellas que se encuentran acreditadas en más de una Comunidad Autónoma, ya que en casos como los que hemos visto de desacreditación de un OAA en una Comunidad Autónoma que no afecta a las demás en las que se halle habilitada, o en los casos de desacreditación por parte del país de origen, se crea un ambiente de desconfianza para los solicitantes, para las propias entidades e incluso para los países de origen de los menores que sin duda afecta negativamente a la tramitación de adopciones internacionales en España a través de los OAA's, que se podría paliar concentrando ciertas funciones de supervisión en determinados casos en un organismo estatal, o incluso mediante la publicación de directrices por parte del mismo. Este modelo se ha adoptado en los Países Bajos, donde la labor de inspección y supervisión del conjunto de entidades privadas que prestan servicios para la infancia la lleva a cabo la denominada "*Inspección de Prestación de Ayuda y Protección a los Jóvenes*", organismo perteneciente al Ministe-

rio de Asuntos Sociales⁷⁵. En otro países como en Reino Unido, se han establecido directrices internas a nivel nacional para unificar la labor de seguimiento y control de los OAA's mediante un documento del Ministerio de Salud denominado "*Inspección de agencias voluntarias de adopción. Parámetros y criterios*"⁷⁶.

F) La relación jurídica entre los solicitantes de adopción internacional y el Organismo Acreditado para la Adopción Internacional

59. Desde el momento en el que los solicitantes de adopción internacional acuerdan con una OAA la tramitación del expediente de adopción internacional a cambio de un precio podemos afirmar que entre las partes se establece una relación contractual; en este sentido encontramos el apartado primero del artículo 8 LAI: "*Las personas que se ofrecen para la adopción podrán contratar los servicios de intermediación de cualquier organismo que se encuentre acreditado por la Administración General del Estado*"; y en el apartado segundo: "*El organismo y las personas que se ofrecen para la adopción formalizarán un contrato referido exclusivamente a las funciones de intermediación que aquella asume con respecto a la tramitación del ofrecimiento de adopción. El modelo básico de contrato ha de ser previamente homologado por la Administración General del Estado y las Entidades Públicas, en la forma que se determine reglamentariamente*".

Se han discutido varios aspectos sobre esta relación contractual que se establece entre las personas que se ofrecen para la adopción internacional y el OAA, entre los que destacamos la categoría contractual en la que se encuadra el contrato de intermediación y el carácter público o privado del mismo.

60. En primer lugar, en cuanto a la categoría contractual en la que podríamos encuadrar el contrato, se plantean cuatro opciones. Se considera que el contrato de intermediación se puede encuadrar en el contrato de arrendamiento de servicios⁷⁷, en el contrato de mediación⁷⁸, en el contrato de mandato⁷⁹, incluso se considera que ninguna de las formas contractuales citadas permiten englobar este tipo de contratos, estando por tanto ante una nueva figura y calificando el contrato como atípico por carecer de legislación específica⁸⁰.

Atendiendo a la jurisprudencia y atendiendo a las características propias de cada uno de los contratos planteados, consideramos que el contrato de intermediación suscrito entre el OAA y los adoptantes se encuadra en la figura del contrato de arrendamiento de servicios. El contrato de arrendamiento de servicios se encuentra regulado en el artículo 1544 CC, el cual dispone que "*en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*". El contrato de arrendamiento de servicios se caracteriza por ser un contrato consensual al perfeccionarse por el mero consentimiento de las partes, bilateral al originar obligaciones recíprocas entre las partes (prestación del servicio y del precio acordados), y como se desprende de lo anterior, es oneroso y conmutativo al prestarse un servicio a cambio de algo cierto; por último es importante tener en cuenta que para la formalización del contrato de arrendamiento de servicios no se exige ningún requisito de forma (Art. 1278 CC⁸¹), y que el contrato podrá tener duración indefinida pero no será válido aquel

⁷⁵ M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit., p.183

⁷⁶ *Ibidem*, p. 184.

⁷⁷ Artículo 1544 CC: *En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.*

⁷⁸ Contrato atípico. No se encuentra regulado en el CC por lo que habrá que estar a lo establecido por las partes y en su defecto a las disposiciones generales sobre contratación establecidas en los Títulos I y II del Libro IV del CC, a los usos y costumbres, así como a las normas de los contratos con los que guarde afinidad. Jurisprudencialmente: STS 105/2013, Fundamento de Derecho Segundo.

⁷⁹ Artículo 1709 CC: *Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.*

⁸⁰ M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit., p.190

⁸¹ Artículo 1278 CC: *Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.*

que se establezca para toda la vida (Artículo 1583 CC)⁸².

61. En definitiva, el objeto del contrato de arrendamiento de servicios acoge las funciones de intermediación que realiza el OAA a favor de los adoptantes: prestación de un servicio, o en definitiva, desarrollo de una actividad, y recoge las obligaciones y derechos de cada una de las partes de la relación jurídica, las cuales también se identifican con las propias de la relación entre el OAA y los adoptantes; en ese sentido, el arrendatario de servicios, es decir el OAA, deberá prestar un servicio en cumplimiento de una obligación de hacer, y estará obligado a actuar según la diligencia y pericia requerida por la actividad a desarrollar o la *lex artis ad hoc*. Por otro lado, el arrendador de servicios, en nuestro caso los adoptantes, deberá pagar la contraprestación pactada, que será, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1544 CC, el precio cierto⁸³.

Si bien es cierto que hay autores que han defendido que el contrato de intermediación quedaría encuadrado en la figura del contrato de mandato⁸⁴, varias sentencias califican el contrato entre las partes como arrendamiento de servicios (SAP Barcelona 7 de octubre de 2002; SAP Madrid 11 de julio de 2007; SAP Murcia 15 de julio de 2010; SAP Islas Baleares 18 de abril de 2012), e incluso desde la Comunidad de Madrid los abogados del departamento de adopción de la Consejería de Políticas Sociales y Familia aseguran que ellos consideran el contrato de intermediación como un contrato de arrendamiento de servicios⁸⁵, siendo tal servicio la intermediación o mediación que presta el OAA a los adoptantes en la gestión del proceso de adopción internacional.

62. En cualquier caso, e independientemente de la figura jurídica en la que encuadremos el contrato de intermediación entre el OAA y los adoptantes, lo relevante a tener en cuenta en la relación jurídica que se constituye entre las partes a partir del contrato de intermediación de adopción internacional es que estamos ante un contrato de medios y no de resultado, por ello el arrendatario (OAA) no está obligado a garantizar un resultado, sino que deberá hacer lo posible con la diligencia debida para conseguir tal resultado, e independiente de si consigue o no el resultado, en nuestro caso la constitución de la adopción internacional, el arrendador (adoptante) deberá pagar el precio⁸⁶ (SAP Barcelona 7 de octubre de 2002⁸⁷; SAP Madrid 11 de julio de 2007⁸⁸; SAP Murcia 15 de julio de 2010⁸⁹; SAP Islas Baleares 18 de abril de 2012⁹⁰). En este sentido, la no constitución de la adopción no puede considerarse en todos los casos un incumplimiento contractual por parte del OAA, siempre y cuando esta haya empleado la diligencia debida en la realización de sus funciones como ya hemos comentado, ya que no debemos olvidar que la constitución de la adopción queda en manos de un juez que podrá denegar dicha constitución por considerar que concurre falta de idoneidad de los adoptantes, que debe concurrir una propuesta previa

⁸² M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit., p.193 y 194; M. R. DÍAZ ROMERO, *Tema 8 El contrato de depósito, mandato y arrendamiento de servicios*, en R. ARANDA RODRÍGUEZ/M. R. DÍAZ ROMERO/M. G. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA/ M. I. MONDEJAR PEÑA/M. P. PÉREZ ÁLVAREZ, *Guía de Derecho Civil. Teoría y Práctica. Teoría general del contrato y contratos en particular. Contratos*, Tomo III, Navarra, Thomson Reuters, 2013, p.383 y ss.

⁸³ M. R. DÍAZ ROMERO, *Tema 8 El contrato de depósito, mandato y arrendamiento de servicios*, Op. Cit., p. 383 y ss.

⁸⁴ Vid. M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit., p. 195 y ss.

⁸⁵ Consulta telefónica realizada al equipo de abogados del IMMF en Enero de 2015.

⁸⁶ M. A. CALZADILLA MEDINA, Op. Cit., p. 193 y 194; M. R. DÍAZ ROMERO, Op. Cit. p. 383; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Capítulo XX Adopción Internacional*, Op. Cit., p. 370.

⁸⁷ SAP Barcelona 7 de octubre de 2002, JUR/2003/21860. Fundamento de Derecho Tercero.

⁸⁸ SAP Madrid 11 de julio de 2007, AC/2007/1749. Fundamento de Derecho Segundo: [...] *Es contrato de medios y no de resultado, que se perfecciona por el mero consentimiento según las normas generales del art. 1261 CC (LEG 1889, 27) , sin que la percepción del precio de la intermediación se anude o pueda anudarse a la feliz obtención del resultado, y eso es así porque en ese ámbito la obtención del resultado no depende de la gestión de los mediadores. El resultado final depende de la decisión del Tribunal nacional del adoptando, por definición ajeno a los esfuerzos de intermediario, y tras la celebración de un proceso en el que deben evaluarse todos los aspectos de la situación, desde todos los puntos de vista, y con una norma de valoración específica; el beneficio del menor adoptando.[...]*

⁸⁹ SAP Murcia 15 de julio de 2010, JUR/2010/296248. Fundamento de Derecho Segundo.

⁹⁰ SAP Islas Baleares 18 de abril de 2012, JUR/2012/163300. Fundamento de Derecho Segundo: *El contrato celebrado entre las partes es un arrendamiento de servicios en el que la entidad colaboradora en la adopción internacional asume una obligación de medios y no de resultado. Ello quiere decir que, evidentemente, la ECAI no puede comprometerse a que su intermediación culmine con la adopción, por parte de sus clientes, del niño o niña, pero sí a poner todos los medios a su alcance, en los términos pactados en el contrato, para que dicho resultado sea posible.[...]*

de adopción acordada por el país de origen y por el de recepción del menor que puede no ser favorable, o por la declaración de falta de idoneidad de los adoptantes en la Fase Administrativa de Instrucción. En definitiva, es importante tener en cuenta que el incumplimiento por parte del OAA se produce cuando no realiza sus tareas de intermediación de forma diligente, ya que hay muchos organismos que participan en el procedimiento de adopción y que pueden denegar su constitución o su tramitación sin que ello signifique que el OAA ha ejercido sus funciones de manera negligente, de esta manera vemos con más claridad porque afirmamos que a efectos prácticos es más importante tener en cuenta que estamos ante un contrato de medios y no de resultado, que encuadrar el contrato de intermediación entre el OAA y adoptantes en una figura contractual concreta.

63. En segundo lugar, se ha discutido sobre la naturaleza pública o privada del contrato de intermediación celebrado entre los solicitantes de adopción internacional y el OAA. A pesar de que los OAA's están sometidas a un gran control por parte de la Administración Pública, como la necesidad de ser acreditadas por la Administración General del Estado, previo informe de la Entidad Pública competente, para el ejercicio de sus actividades, la supervisión y control que llevan a cabo estas sobre aquellas, o la utilización de un modelo de contrato homologado que desarrollaremos más adelante, no podemos determinar que estemos ante Derecho Público. Tanto el OAA como los adoptantes son entes privados, y a pesar de que el OAA esté sometido a altas exigencias por parte de la Administración Pública sigue manteniendo su carácter de empresa privada que ofrece un servicio a las personas que lo demanden. Por todo lo anterior, concluimos que la relación contractual que se establece entre el OAA y los adoptantes queda al amparo del Derecho Privado y de la jurisdicción Civil en el caso de que surjan discrepancias en la prestación de servicios relativos a los derechos y obligaciones de las partes en la relación contractual.

64. Por último, es importante hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 8.2 LAI sobre la necesidad de homologación del modelo básico de contrato de intermediación entre los OAA's y los adoptantes por la Administración General del Estado y la Entidad Competente, que ya hemos adelantado anteriormente. Cumpliendo con lo dispuesto, cada Comunidad Autónoma ha homologado el modelo de contrato básico al que deberán atenerse OAA's y adoptantes a la hora de formalizar su relación jurídica. La autoridad competente para la homologación del modelo en la Comunidad de Madrid es la Consejería de Asuntos Sociales, y el modelo homologado se encuentra en la Orden 526/2013, de 20 de mayo, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se desarrolla el Decreto 62/2003, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, sobre acreditación, funcionamiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, y se establece el modelo oficial de contrato de mediación de Adopción Internacional⁹¹. Este modelo homologado es el que debe utilizarse en todo caso en la relación de intermediación entre los OAA's acreditados en la Comunidad de Madrid y los adoptantes que acudan a los mismos para la tramitación de la adopción internacional.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Orden 526/2013, estamos ante un modelo cerrado en todas sus estipulaciones que solamente podrá ser modificado en el caso de que las peculiaridades específicas de la situación o del país así lo exijan; la incorporación de las modificaciones pertinentes en el modelo homologado y obligatorio deberán justificarse y el mismo será remitido antes de su firma a la Dirección General de Familia y el Menor, la cual asume las competencias del antiguo Instituto Madrileño del Menor y la Familia, para su visado, y en su caso, para su autorización. Dicha autorización para la modificación del contrato homologado responderá a un caso concreto y puntual que resultará debidamente analizado, por lo que el contrato resultante tras las modificaciones introducidas y autorizadas no se convertirá, en ningún caso, en un nuevo modelo de contrato para el OAA, es decir, el contrato con las debidas modificaciones resultará válido para la situación y el proceso concreto de adopción para el que las mismas fueron introducidas, no pudiéndose utilizar para sucesivos procesos de adopción ajenos a la circunstancia que motivó

⁹¹ Orden 526/2013, de 20 de mayo, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se desarrolla el Decreto 62/2003, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, sobre acreditación, funcionamiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, y se establece el modelo oficial de contrato de mediación de Adopción Internacional. BOCM núm. 133, de 6 de junio de 2003, p. 11 a 18. [Web en línea], [fecha de consulta: 6 de diciembre 2014]. Disponible en: < http://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/2013/06/06/13300.PDF>.

la modificación del modelo de contrato básico homologado; en definitiva, para nuevas situaciones deberá adoptarse el modelo de contrato básico homologado por la Orden 562/2013 y si procediera volver a introducir modificaciones en el modelo básico, estas deberán volver a ser justificadas y aprobadas para ese caso concreto, y de nuevo, el modelo resultante solamente será válido para el caso concreto.

En otras Comunidades Autónomas las Autoridades Competentes han hecho lo propio, y han publicado el modelo oficial aprobado para los servicios de intermediación que presten los OAA's acreditadas en su territorio. Encontramos, entre otros, el modelo de contrato aprobado por Galicia⁹², en el que se anexa una lista de conceptos directos e indirectos para fijar el precio de la adopción, los cuales deberán estar debidamente justificados. A día de hoy en Galicia se está llevando a cabo el proceso de cambio para instaurar el modelo básico homologado en todos los servicios de intermediación que ofrecen los OAA's en el territorio, no obstante, todavía hay OAA's que siguen funcionando con modelos propios anteriores a la entrada en vigor de la Orden de 21 de marzo de 2012.

La homologación de un modelo básico de contrato de intermediación en virtud del artículo 8.2 LAI aporta seguridad jurídica a las relaciones contractuales entre los OAA's y las personas que se ofrecen para la adopción internacional. Las dificultades que se presentan a la hora de encuadrar la relación jurídica que se establece entre los OAA's y los adoptantes, y la obligación de ausencia de ánimo de lucro que se exige a los OAA's al realizar los trámites procedentes en el proceso de adopción internacional, son las dos principales exigencias que se intentan asegurar con la publicación de los modelos homologados. Acotar lo máximo posible los términos y obligaciones de cada una de las partes en esta compleja relación de intermediación ofrece información y seguridad a ambas partes sobre sus derechos y obligaciones, lo que se traduce, como ya hemos comentado, en un aumento de la seguridad jurídica del proceso de adopción internacional a través de los OAA's y en un mayor control por parte de la Administración Pública sobre las actividades de las mismas.

V. Conclusiones sobre el proceso de adopción internacional en España y sobre la intervención de los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional en la Fase Administrativa de Instrucción

65. Observando todo lo expuesto en esta investigación, podemos realizar una serie de valoraciones en torno a las dos cuestiones planteadas como objeto de estudio. Por un lado, la primera cuestión planteada brevemente en esta investigación hace referencia al desarrollo del proceso de adopción internacional en nuestro país, y por otro lado, y como cuestión principal de la investigación encontramos la intervención de los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional en la Fase Administrativa de Instrucción y la consecuente valoración de dicha intervención.

66. Tras el breve estudio del proceso de adopción internacional podemos afirmar, de acuerdo a lo anterior, que desde la perspectiva jurídica la configuración que se ha forjado en nuestro país de la institución jurídica de la adopción internacional, su regulación sus procedimientos y sus caracteres propios, ha hecho que la institución se presente como eficiente y eficaz para su fin, el cual es la protección de menores, que no pueden ser adoptados o acogidos en sus países de origen, mediante la búsqueda de una familia española para los mismos. No obstante, la investigación ha dejado patente que desde una perspectiva psicológica y social hay varios puntos que no se han tenido en cuenta y que hacen peligrar la eficacia de la institución, a saber la problemática psicológica particular que plantea la constitución de una adopción internacional, sobre todo en dos etapas del proceso de adopción internacional, nos referimos a la expedición del certificado de idoneidad y principalmente al proceso post-adoptivo que ha quedado relegado a un segundo plano en su visión psicológica y que sólo ha sido contemplado por la legislación debido a las exigencias de los países de origen de los menores que demandan la realización de una serie de controles legales para realizar un seguimiento del menor y su situación en el país

⁹² Orden 21 de marzo de 2012 por la que se establece el modelo oficial de contrato de intermediación en adopción internacional para la Comunidad Autónoma de Galicia. DOG núm. 73, de 17 de abril de 2012, p. 13662 a 13676. [Web en línea], [fecha de consulta: 6 de diciembre 2014]. Disponible en: < http://www.xunta.es/dog/Publicados/2012/20120417/Anuncio-CA05-110412-0003_es.html>.

de recepción pero que en ningún caso van directamente dirigidos a conseguir el vínculo de parentesco o integración familiar. Por todo lo anterior, la fase de post-adopción merece una revisión desde el ámbito psicológico y jurídico, a pesar de que ya existen ciertas exigencias legales en este ámbito a nivel autonómico, sobre todo en el ámbito de las OAA's, podemos afirmar que las mismas son preceptos de interpretación vaga.

67. Terminada la evaluación del proceso de adopción internacional en España, el estudio de la intervención de los OAA's en la Fase Administrativa de Instrucción nos ha dejado otra serie de conclusiones interesantes sobre su funcionamiento. Sin duda, podemos afirmar que la delegación de ciertas funciones en estos organismos ha supuesto un avance y un ahorro de tiempo en la tramitación de los expedientes de adopción internacional, ya que antes de esta delegación nos encontrábamos ante una Administración Pública colapsada que preveía unas esperas de meses e incluso años para la expedición de dichos expedientes. Además, desde el punto de vista de los solicitantes de adopción internacional es interesante contar con dos vías entre las que elegir para la tramitación del expediente de adopción internacional, ya que podrán optar por la que más se ajuste a sus posibilidades, necesidades e intereses, o incluso recordamos que las adopciones para ciertos países solo se tramitan a través de estas entidades, por lo que de no existir las mismas los solicitantes de adopción internacional no podrían platearse adoptar a un menor de dichas naciones. Por otro lado, la exigencia de que los OAA's tengan que contar con una serie de profesionales con experiencia en el ámbito de las adopciones internacionales supone otro aspecto positivo, ya que estamos ante organismos especializados en la materia, y conscientes de la problemática particular que se desprende de la institución jurídica adoptiva.

Esos aspectos positivos que hemos comentado podrían aumentar si se produjera la delegación de la tramitación del certificado de idoneidad, siempre bajo fuertes controles de la Administración Pública para evitar situaciones fraudulentas en las que OAA's, cuya falta de ánimo de lucro fuera cuestionable, buscaran su propio beneficio al conceder dicho certificado a adoptantes no aptos para poder tramitar mayor número de adopciones internacionales. Mediante la delegación de la tramitación del certificado de idoneidad podríamos alcanzar una especialización y una profesionalización en la tramitación de los expedientes de adopción internacional, debido por un lado, a la exigencia que se impone a los OAA's de contar con profesionales formados y con amplia experiencia en el ámbito, y por otro lado debido al hecho de que sea una sola entidad la que gestione el completo expediente de adopción internacional. Además de la profesionalización y especialización conseguiríamos mayor ahorro de tiempo en la tramitación de los expedientes de adopción internacional y seguiríamos ayudando descongestionar el sistema público de tramitación de adopciones internacionales.

68. Por otro lado, no todo lo que se desprende de la investigación respecto a esta intervención de los OAA's en la Fase Administrativa de Instrucción es positivo, ya que encontramos un descontento general por parte de los adoptantes que han tramitado su expediente a través de estas entidades. La principal razón de este descontento gira en torno a la cuestión de si realmente los OAA's se fundan sin ánimo de lucro, ya que debemos tener presente que siguen siendo entidades privadas que ofrecen servicios a aquellos que los demanden. Las carencias de los OAA's que ha dejado patente la investigación se hacen visibles en relación contractual meramente profesional de los OAA's con los solicitantes de adopción internacional, en la desinformación de cuestiones relevantes como el número de informes post-adoptivos exigidos por el país de origen, o en los servicios post-adoptivos que se ofrecen. Todo ello hace que los solicitantes de adopción se planteen en muchos casos que el OAA está incumpliendo su contrato de intermediación, o simplemente que sólo busca el lucro propio.

Si bien es cierto que ya se encuentran vigentes varios instrumentos que intentan controlar la actuación de los OAA's en el tráfico jurídico, por ejemplo a través de la publicación de modelos básicos oficiales de intermediación, de acuerdo con lo que hemos venido comentando, el hecho de que sean entidades útiles pero que los solicitantes de adopción desconfíen en la mayoría de los casos de sus fines, hace que la intervención de los OAA's en la Fase Administrativa de Instrucción sea mejorable a través de una legislación más dura en el ámbito de la supervisión y control de las mismas, planteándose en este punto la creación de un órgano que controle la actuación de estas entidades a nivel nacional para

conseguir una homogeneización en los criterios de lo que debe considerarse una prestación de servicios correcta por parte de los OAA's.

69. En definitiva, el estudio nos deja con una sensación notablemente satisfactoria sobre el planteamiento de la institución jurídica de la adopción internacional en nuestro país y sobre la intervención de los OAA's en la Fase Administrativa de Instrucción del proceso de adopción internacional, no obstante queda mucho por hacer en el ámbito jurídico para que los factores psicológicos y sociales sean tenidos en cuenta a lo largo de todo el procedimiento, y para que el funcionamiento de los OAA's sea más eficiente y totalmente fiable para los solicitantes de adopción internacional.

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).