

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| ESTUDIOS | La orden europea de retención de cuentas: ¿adiós a la dificultad que plantea el cobro de la deuda transfronteriza en la UE?<br><i>The European account preservation order: goodbye to the difficulty of collecting the cross-border debt in the EU?</i>   |     |
|          | ISABEL ANTÓN JUÁREZ   | 5   |
|          | El registro internacional: implementación en España del convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales y su protocolo aeronáutico<br><i>The international registry: implementation of the Cape Town convention on international interests and its aircraft protocol in Spain</i>   |     |
|          | M <sup>a</sup> JOSÉ CASTELLANOS RUIZ  | 49  |
|          | La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional<br><i>Irruption of the emergency arbitrator in the international commercial arbitration</i>  |     |
|          | ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA   | 82  |
|          | Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales<br><i>Multi-tiered clauses in the international disputes resolution</i>   |     |
|          | ANA FERNÁNDEZ PÉREZ   | 99  |
|          | Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición<br><i>Procedural issues of antitrust damages claims: some notes in the light of the 2014 directive and the proposal for its transposition into the Spanish legal system</i> |     |
|          | FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI   | 125 |
|          | Why international commercial contracts should include express choice-of-law clauses for non-contractual obligations<br><i>Por qué los contratos comerciales internacionales deberían contener una cláusula de elección expresa de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales</i>  |     |
|          | HOLGER JACOBS   | 153 |
|          | Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés<br><i>A few considerations regarding the French Court of Cassation and the civil appeal in cassation</i>   |     |
|          | IBON HUALDE LÓPEZ   | 161 |
|          | Globalización, globalización jurídica, global law y derecho internacional privado<br><i>Globalization, legal globalization, global law and private international law</i>  |     |
|          | MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ  | 215 |
|          | El papel de la residencia, no residencia, nacionalidad y extranjería en la configuración de las actuales figuras tributarias<br><i>The role of residence, non-residence, nationality and foreignness in setting the current tax figures</i>   |     |
|          | CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR  | 236 |
|          | Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships<br><i>Verso il rafforzamento della cooperazione giudiziaria civile nell'Unione Europea: gli effetti patrimoniali delle relazioni familiari</i>   |     |
|          | SILVIA MARINO   | 265 |

|           |  |     |
|-----------|--|-----|
|           | “Comply or explain” in the EU, or the new human rights reporting obligation: an analysis of directive 2014/95/EU<br><i>El principio “cumplir o explicar” en la Unión Europea, o la nueva obligación de divulgar información sobre derechos humanos: un análisis de la Directiva 2014/95/UE</i><br>JOSEBA FERNÁNDEZ GAZTEA - ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ  | 285 |
|           | Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016<br><i>International jurisdiction in matters of matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Relationships among EU Regulations 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 and 1104/2016</i><br>PILAR PEITEADO MARISCAL      | 300 |
|           | De la sociedad privada europea a la sociedad unius personae en las propuestas europeas<br><i>From the societates privata europaea to the societates unius personae in the European proposals</i><br>LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO   | 327 |
|           | EU regulation no. 2016/1191 and the circulation of public documents between EU member states and third countries<br><i>Il Regolamento (UE) n. 2016/1191 e la circolazione dei documenti pubblici tra stati membri e paesi terzi</i><br>ARIANNA VETTOREL  | 342 |
| <hr/>     |  |     |
| VARIA     | Crónica de jurisprudencia laboral internacional enero / junio 2016<br><i>Chronicle of international labor jurisprudence January / June 2016</i><br>ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ   | 353 |
|           | Un convenio internacional perdido y hallado en las Islas Baleares: reflexiones sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional y las fuentes del Derecho internacional privado español<br><i>A international convention lost and found in the Balearic Islands: reflections on the examination as to international jurisdiction and the sources of Spanish private international law</i><br>ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ | 366 |
|           | Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no<br><i>A critical analysis of the CJUE judgment of 21 december 2016: retroactive nullity yes, but not “unfair” transparency test of floor clauses</i><br>SERGIO CÁMARA LAPUENTE  | 383 |
|           | El forum reconventionis. Nota a la sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2016, Kostanjevec, as. 185/15<br><i>Forum reconventionis: commentary to the ECJ judgment of 12 october 2016, Kostanjevec, c-185/15</i><br>BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ   | 396 |
|           | La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016<br><i>The apparent partial correction of the transparency control regarding the CJEU judgement of 21st december 2016</i><br>M <sup>a</sup> ISABEL DOMÍNGUEZ YAMASAKI  | 406 |
|           | Comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016<br><i>Comments on the sentence of the Court of Justice of the European Union of 21 december 2016</i><br>JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO  | 430 |
|           | Cláusula atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un estado miembro: el dilema<br><i>Choice of court clause in favor of the courts of a third state and tacit submission in favor of the courts of a member state: the dilemma</i><br>ISABEL LORENTE MARTÍNEZ   | 444 |
|           | La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016<br><i>The creation by the Supreme Court of the benefit for surrogate motherhood: for the purpose of the judgments of the Supreme of 25th October and of 16th November 2016</i><br>JESÚS R. MERCADER UGUINA  | 454 |
|           | La nulidad matrimonial y el alcance del foro de la residencia del demandante en el Reglamento 2201/2003<br><i>Marriage annulment and the scope of jurisdiction of the residence of the applicant in Regulation 2201/2003</i><br>M <sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ   | 468 |
| <hr/>     |  |     |
| SOBRE CDT | Normas de publicación  | 475 |

# ***Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)***

ISSN 1989-4570 - [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)

## **Directores**

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

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](mailto:isabel.anton@uc3m.es)

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

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

## ESTUDIOS

# LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS: ¿ADIÓS A LA DIFICULTAD QUE PLANTEA EL COBRO DE LA DEUDA TRANSFRONTERIZA EN LA UE?

## THE EUROPEAN ACCOUNT PRESERVATION ORDER: GOODBYE TO THE DIFFICULTY OF COLLECTING THE CROSS-BORDER DEBT IN THE EU?

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Prof. Visitante lector de Derecho Internacional privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 23/01/2017 / Aceptado: 30/01/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3612>

**Resumen:** La orden europea de retención de cuentas es una medida que permite el bloqueo de las cuentas corrientes del deudor. Su objetivo es ayudar al acreedor en el cobro de su crédito, ya que con esta medida se persigue garantizar la ejecución posterior de una resolución que reconoce una deuda transfronteriza. El legislador europeo ha desarrollado la orden europea de retención de cuentas en un Reglamento específico, el Reglamento 655/2014, en vigor desde 2014 pero aplicable desde el 18 de enero de 2017. Esta norma desarrolla un procedimiento ágil, rápido, para que la orden pueda ser eficaz con el menor coste posible para las partes como para las autoridades que deban aplicarla. A lo largo del presente trabajo se expondrá el procedimiento a seguir para poder solicitarla, concederla o impugnarla.

**Palabras clave:** acreedor, deudor, deuda transfronteriza, medidas cautelares, orden europea de retención de cuentas.

**Abstract:** The European account preservation order is a measure that allows the blocking of the current accounts of the debtor. Its purpose is to assist the creditor in the collection of his credit, since this measure seeks to ensure the subsequent execution of a resolution recognizing a cross-border debt. The European legislator has developed the European order in a specific Regulation, Regulation 655/2014, in force since 2014 but applicable from January 18, 2017. This regulation develops a fast procedure, so that the order can be effective at the lowest possible cost to the parties as well as to the authorities that should apply it. Throughout the present paper we will study the procedure to request, grant or appeal the European account preservation order.

**Keywords:** creditor, debtor, cross-border debt, precautionary measures, European account preservation order.

**Sumario:** I. Introducción. II. Ámbito de aplicación espacial del R. 655/2014. 1. Ámbito de aplicación temporal. 2. Ámbito de aplicación espacial. 3. Ámbito de aplicación material. A) Aproximación inicial. B) Deudas pecuniarias en asuntos transfronterizos. a) Definiciones. b) Cuentas bancarias excluidas. C) Asuntos transfronterizos. C) Materias expresamente excluidas. 4. Ámbito de aplicación personal. III. Presupuestos necesarios para la obtención de la orden europea de retención de cuentas. 1 Presupuestos materiales. 2. Presupuestos procesales. 3. La caución exigida al acreedor. IV. Procedimiento. 1 Procedimiento sin notificar al demandado. 1. Procedimiento sin notificar al demandado. 2. Solicitud de OERC. A) Contenido. B) Presentación de la solicitud. C) Representación procesal. D)

Rectificación de la solicitud. E) Solicitudes paralelas. 3. Plazos para la resolución sobre la solicitud. V. La resolución sobre la OERC. 1. La procedencia de conceder una orden europea de retención de cuentas. 2. Contenido de la OERC. 3. Notificación al acreedor y recurso de la resolución por la que se deniega la OERC. 4. Duración de la retención. VI. Ejecución de la orden de retención. 1. Eficacia y características del procedimiento. 2. Transmisión de la OERC. 3. Cumplimentación y emisión de la declaración sobre retención de fondos por el banco. A) Introducción. B) Cumplimentación de la OERC. C) Expedición de la declaración sobre la retención de fondos. D) Las comisiones del banco. E) La responsabilidad del banco. 4. Actuaciones de la autoridad de ejecución. 5. Notificación al deudor. A) Momento procesal de la notificación. B) Aspectos a notificar y órgano responsable de hacerlo. C) Procedimiento de notificación en función del domicilio del deudor. D) La orden que afecta a más de un banco. VII. Recursos contra la orden europea de retención de cuentas. 1. Panorama general. 2. Los recursos disponibles para el deudor. A) Introducción. B) Opciones para combatir la orden (art. 33 R. 655/2015). C) Opciones para combatir la ejecución de la orden (art. 34 R. 655/2015). 3. Recursos comunes a utilizar por el deudor y por el acreedor (art. 35 R. 655/2014) 4. El procedimiento previsto en el Reglamento para los recursos. 5. Los efectos del recurso. 6. La sustitución de la OERC por una garantía. 7. El derecho de terceros. VIII. Observaciones finales.

## I. Introducción

1. La orden europea de retención de cuentas (en adelante, OERC) es una medida destinada a garantizar que el acreedor de una deuda transfronteriza pueda cobrar<sup>1</sup>. La OERC es desarrollada mediante un instrumento europeo específico el *Reglamento (UE) N° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil* (en adelante R. 655/2014)<sup>2</sup>. Este Reglamento es fruto de la preocupación del legislador europeo en relación a las dificultades que presenta el cobro de un crédito cuando los bienes o el deudor se encuentran en países de la Unión Europea diferentes de donde se encuentra el acreedor<sup>3</sup>. La propia Comisión ha entendido como las dificultades en el cobro de las deudas transfronterizas pueden suponer un importante obstáculo para el correcto funcionamiento del mercado común<sup>4</sup>. La realidad es que es así, de nada sirve superar los dilemas que puede plantear la contratación transfronteriza (tribunal competente, derecho

<sup>1</sup> Sobre la OERC *vid* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 734-740; L. DOMÍNGUEZ RUIZ, La orden europea de retención de cuentas, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, n° 4 (octubre-diciembre 2014), pp. 243-256; L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de Deudas Transfronterizas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 257- 275; M. FONT I MAS, “El Reglamento 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *REDI*, vol. 67 (2015), pp. 329-334; P. FRANZINA/A. LEANDRO, *Il sequestro europeo di contibancari. Regolamento (UE) n. 655/2014 de 15 maggio 2014*, Giuffrè editore, Milán, 2015; I. LÓPEZ CHOCARRO, “La orden Europea de retención de cuentas bancarias; breve análisis del Reglamento (UE) N° 655/2014 del Parlamento Europeo ante su inmediata aplicación a partir del día 18 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, N° 8903, Sección Tribuna, 18 de Enero de 2017; E. LEW, “Speedy cross-border debt recovery? The new Europe-wide freezing order”, *Butterworths Journal of International and Financial Law*, December 2011, pp- 609-701; F. MARTIN DIZ, “La orden europea de embargo de activos bancarios”, en C. ARANGUENA FANEGO (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011, pp. 133-147; R. MIQUEL SALA, “La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *CDT*, vol. 4, n° 2, pp. 217-247; C. SENÉS MONTILLA, *La orden Europea de Retención de Cuentas. Aplicación en Derecho español del Reglamento (UE) núm. 655/2014, de 15 de mayo de 2014*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015; D. VILAS ÁLVAREZ, El Reglamento por el que se crea una Orden Europea de Retención y Mercantiles: claves de su elaboración, *La Ley mercantil*, n° 6, 2014, pp. 1-14.

<sup>2</sup> DOUE L 189/59, de 27 de junio de 2014.

<sup>3</sup> El R. 655/2014 es fruto de dos libros verdes presentados por la Comisión Europea, uno del año 2006 (Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: embargo de activos bancarios {SEC(2006) 1341} /\* COM/2006/0618 final \*/ ) y otro del año 2008 (Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores/\* COM/2008/0128 final \*/).

<sup>4</sup> Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores/\* COM/2008/0128 final \*/ , p. 3.

aplicable, circulación de una resolución, etc.), si posteriormente ante cualquier problema en la relación contractual, el cobro es tardío, gravoso o casi imposible. La efectividad de la deuda transfronteriza se complica si el acreedor no sabe si el deudor tiene bienes, dónde los tiene o si un órgano jurisdiccional diferente a donde se encuentran los mismos podría efectuar un embargo.

2. La OERC coexiste con las medidas de los derechos procesales nacionales de los Estados miembros, en ningún caso las elimina, sino que es planteada por el legislador europeo como una opción más entre las que podría contar el acreedor para asegurarse la ejecución de su deuda. Por eso podríamos destacar tres rasgos característicos de la OERC<sup>5</sup>: 1) *Alternativa*. La existencia de la OERC no deja inoperativos otros procedimientos de carácter nacional con efectos equivalentes a la orden europea. El acreedor es el que decidirá si acude al Derecho nacional o la medida europea en función de sus intereses; 2) *Complementaria*. La OERC presenta un carácter suplementario a cualquier otra orden de retención nacional que el acreedor haya solicitado u obtenido contra el mismo deudor (art. 16.4); 3) *No erga omnes*. La OERC sólo puede ser utilizada por los acreedores que se encuentran domiciliados en un Estado parte del R. 655/2014. Del mismo modo las cuentas bancarias sobre las que se puede llevar a cabo una retención deben encontrarse en el territorio de un Estado parte, bien pueden estar todas las cuentas en un mismo banco o en diferentes bancos dentro de un mismo Estado miembro o incluso diferentes cuentas en diferentes Estados miembros.

3. Por lo tanto, cabe plantearse si la OERC es un instrumento procesal idóneo para facilitar el cobro de los créditos transfronterizos. Aun así, con independencia de cuál vaya a ser su éxito, esto no quiere decir que sea el único instrumento que exista actualmente para tutelar el crédito transnacional<sup>6</sup>, *ad ex.*, podemos destacar 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 europeo* (en adelante, Reglamento sobre proceso monitorio europeo)<sup>7</sup>, el *Reglamento (CE) no 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* (en adelante, Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía)<sup>8</sup> y el *Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados* (en adelante, el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo)<sup>9</sup>. En esta enumeración de normas sobre la tutela del crédito transfronterizo no se puede dejar atrás al *Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial internacional de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, RBI-bis)<sup>10</sup>. Aun así, estos instrumentos se han mostrado poco efectivos a la hora de garantizar la ejecución de una deuda transfronteriza. De ahí la necesidad de medidas concretas como la OERC, que permite congelar o bloquear cuentas bancarias respecto de deudas reconocidas o aún por reconocer en otros Estados Miembros<sup>11</sup>. El objetivo del presente trabajo es mostrar al lector una visión global del R. 655/2014 y con ello, por tanto, acercarle al procedimiento que es necesario llevar a cabo para solicitar y ejecutar una OERC en un Estado miembro.

<sup>5</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea de Retención de Cuentas. Aplicación en Derecho español del Reglamento (UE) núm. 655/2014, de 15 de mayo de 2014*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 29.

<sup>6</sup> Sobre otros instrumentos para el cobro de una deuda transfronteriza, *vid.* L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de deudas transfronterizas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

<sup>7</sup> DO L 399/1, de 30 de diciembre de 2006.

<sup>8</sup> DO L 199/1, de 31 de julio de 2007.

<sup>9</sup> DO L 143, de 30 de abril de 2004.

<sup>10</sup> DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012.

<sup>11</sup> Sobre la necesidad de la orden europea de retención de cuentas *vid.* el informe realizado por un grupo de trabajo creado al efecto en el Instituto Max Planck de Hamburgo en el que se comenta el libro verde de la Comisión del año 2006, Max Planck Working Group, COMMENTS ON THE EUROPEAN COMMISSION'S GREEN PAPER ON IMPROVING THE EFFICIENCY OF THE ENFORCEMENT OF JUDGMENTS IN THE EUROPEAN UNION: THE ATTACHMENT OF BANK ACCOUNTS, pp. 2 y 3. Disponible en [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf) (consultado el 7 de enero de 2016).

## II. Ámbito de aplicación del R. 655/2014

### 1. Ámbito de aplicación temporal

4. El R. 655/2014 entró en vigor tal y como establece su art. 54, el 17 de julio de 2014. Sin embargo, su aplicación tiene lugar desde el 18 de enero de 2017, salvo en lo establecido en su art. 50. Dicho artículo relativo a la información que deben facilitar los Estados miembros a la Comisión en relación a cuestiones como qué órganos jurisdiccionales se ocuparán en cada Estado miembro de dictar una orden de retención, o cual debe ser la autoridad competente para obtener información de cuentas o el órgano ante el cual se puede interponer un recurso, entre otras, es aplicable desde el 18 de julio de 2016. No obstante, en realidad dicha fecha es el tiempo límite del que disponían los Estados miembros para comunicar a la Comisión las cuestiones que detalla el art. 50 y que son esenciales para el funcionamiento de la OERC.

5. El plazo de más de dos años desde que el Reglamento entró en vigor hasta que finalmente es de aplicación podría llamar la atención por ser excesivo. Sin embargo, su razón de ser radica en la necesidad de que los Estados miembros adapten su normativa nacional al R. 655/2014 y proporcionen a la Comisión toda la información sobre su Derecho procesal como señala el citado art. 50. Así, cuestiones que han tenido que comunicar han sido las relativas a la normativa aplicable a las cuantías que deben quedar exentas de retención, los órganos jurisdiccionales competentes para emitir una orden, ejecutarla o conocer de un recurso, entre otras.

### 2. Ámbito de aplicación espacial

6. El ámbito de aplicación espacial del R.655/2014 es amplio, ya que se aplica en todos los Estados miembros de la UE a excepción de Dinamarca (considerando 51). Tampoco quiso formar parte del mismo Inglaterra (considerando 50), por lo que el *Brexit* en relación a este instrumento no presentaría ningún cambio. Por lo tanto, los tribunales y autoridades de los Estados parte tienen la obligación de aplicar el R.655/2014, ya que esta norma se integra de forma directa en sus ordenamientos jurídicos como si de una norma emanada del poder legislativo nacional se tratase.

### 3. Ámbito de aplicación material

#### A) Aproximación inicial

7. El artículo 2 se ocupa de delimitar el ámbito de aplicación material del R. 655/2014. Dicho ámbito se centra en *las deudas pecuniarias en materia civil y mercantil en asuntos transfronterizos*, coincidiendo con el de otros instrumentos europeos que también persiguen la tutela del crédito como RBI-bis, el Reglamento sobre proceso monitorio europeo, el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo.

El término “materia civil y mercantil” es propio del Derecho procesal de la UE, no se tiene en cuenta el Derecho nacional de los Estados miembros a esos efectos<sup>12</sup>. Dicho concepto se ha ido acuñando por el TJUE a lo largo de los años por la aplicación de los textos europeos que han antecedido al RBI-bis (el Convenio de Bruselas de 1968<sup>13</sup> y el Reglamento 44/2001<sup>14</sup>). Por tanto, al coincidir el ámbito de aplicación del R. 655/2014 con el del RBI-bis lo establecido para éste nos sirve en gran medida para aquél.

<sup>12</sup> 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, *RéunionEuropéenne*, C- 51/97, *Rec.* 1998, p. I-6541; STJUE de 14 de marzo de 2013, *Ceská sporitelna*, C-19/11, ECLI:EU:C:2013:165, apartado 45; STJUE de 13 de marzo de 2014, *Brogssitter*, C- 548/12, ECLI:EU:C:2014:148, apartado 19; STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, apartado 37.

<sup>13</sup> DO L 299, de 31 de diciembre de 1972.

<sup>14</sup> DO L 12, de 16 de enero de 2001.



La “materia civil y mercantil” englobaría todas las relaciones jurídicas entre sujetos privados o aquellos que sin serlo actúan en el tráfico jurídico como tales (Estados que actúan en el tráfico jurídico sin potestad de *imperium*)<sup>15</sup>.

8. Por lo tanto, será el “objeto del litigio” lo que determinará si se puede incluir dentro de dicha noción, es indiferente la naturaleza de una materia o el órgano jurisdiccional que conoce del asunto<sup>16</sup>. Por lo tanto, un litigio derivado de un contrato de trabajo puede ser considerado civil a efectos del Reglamento con independencia de que el órgano jurisdiccional en el que se sustancie el asunto sea un tribunal de lo laboral. La misma consideración tienen las reclamaciones civiles derivadas de un ilícito penal que se solventan ante un órgano jurisdiccional penal<sup>17</sup>.

## B) Deudas pecuniarias en asuntos transfronterizos

### a) Definiciones

9. El artículo 4 recoge una serie de definiciones que permiten acotar el ámbito de aplicación material del Reglamento. Así, por “cuenta bancaria” debe entenderse *cualquier cuenta que contenga fondos en un banco a nombre del deudor o a nombre de un tercero por cuenta del deudor*. Se puede decir que este concepto es restringido si se compara con la Propuesta de la Comisión de 2011. En la misma se consideraba que la OERC también debía aplicarse a los instrumentos financieros. Sin embargo, dicha iniciativa no prosperó, considerando el legislador europeo más adecuado que los valores negociables, las participaciones en organismos de inversión colectiva, los *swaps*, entre otros quedaran fuera del ámbito de aplicación del R. 655/2014.

10. Para entender qué tipo de cuenta bancaria queda incluida dentro del ámbito del Reglamento es necesario también tener en cuenta otros conceptos que se recogen en el art. 4 tales como “fondos”, “banco”, “deudor” o “crédito”. En cuanto a los “fondos”, el citado artículo señala que es el “dinero en efectivo en cuenta en cualquier divisa, o derecho similar a la devolución de dinero, como las cuentas de depósito del mercado de dinero”. Por lo tanto, a la luz de esta definición se puede extraer lo siguiente: la OERC se puede solicitar sobre una cuenta constituida en cualquier modalidad de depósito bancario, con independencia de que su reembolso sea a la vista (cuenta corriente) o a vencimiento fijo (imposiciones a plazo, libretas de ahorro...)<sup>18</sup>. Así, se puede afirmar que quedan excluidas de la OERC las cuentas corrientes constituidas en base a un contrato de “apertura de crédito”. En base a dichos contratos, la entidad bancaria pone a disposición del cliente sumas de dinero u otro tipo de prestaciones que llevan a un mismo resultado que el cliente tenga crédito en esa entidad. A pesar de que el cliente disponga de una cuenta corriente en la que se materializa el crédito que ha pactado con el banco (contrato de apertura de crédito en cuenta corriente), no quiere decir que estas cuentas puedan ser objeto de una orden de retención. En principio, sólo es posible la OERC sobre cuentas corrientes con dinero depositado por el deudor, no sobre cuentas corrientes donde hay dinero porque la entidad ha concedido una línea de crédito<sup>19</sup>.

Las cuentas corrientes del deudor pueden estar abiertas a su nombre o al de un tercero. Este tipo de cuentas se conocen como “ómnibus o globales”. Cuentas de mandatario, que el R. 655/2014 denomi-

<sup>15</sup> STJCE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271 apartados 42-44.

<sup>16</sup> STJCE de 15 de mayo de 2003, *Preservatrice Fonciere*, C-266/01, Rec. 20013, p. 04867, apartado 36; STJCE de 18 de octubre de 2011, *Realchemie Nederland*, C-406/09, Rec. p. I-9773, apartado 39; STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Sunico*, C-49/12, ECLI:EU:C:2013:545, apartado 33.

<sup>17</sup> STCE de 21 de abril de 1993, *Sonntag*, C-172/91, Rec. 1993, p. I-01963, apartados 16-29.

<sup>18</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 40.

<sup>19</sup> En Derecho procesal español se puede solicitar un embargo preventivo de las cuentas corrientes con saldos favorables y depósitos bancarios. El tratamiento procesal es distinto (art. 621.2 LEC), a la hora de proceder al embargo tendrían prioridad las cuentas corrientes con independencia del tipo de cuenta corriente del que se trate. Subsidiariamente se procedería al embargo de los depósitos. Sobre la retención de cuentas en el Derecho procesal español, vid. A. E. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “El embargo de cuentas corrientes. Especialidades que plantea su ejecución telemática centralizada”, *Indret*, 3/2013, disponible en <http://www.indret.com/pdf/997.pdf> (consultado el 11 de octubre de 2016).

na como “nominales” en su art. 30 y que son cuentas que se utilizan por los intermediarios financieros para operar por cuenta de sus clientes. Aquí la dificultad reside en identificar los fondos que le corresponden a cada cliente, ya que al banco sólo le consta la identidad del intermediario no del verdadero titular que es el que aporta los fondos<sup>20</sup>. Este tipo de cuentas son legales en España desde hace poco tiempo, desde 2014. Su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico obedeció a la posibilidad de que intermediarios extranjeros pudieran comercializar determinados productos financieros.

Un aspecto diferente al anterior es la posibilidad del tercero de operar con las cuentas del deudor. Este tercero, bien en condición de apoderado, beneficiario o representante legal puede utilizar las cuentas del deudor como si de él mismo se tratase. Así, el considerando 7 del Reglamento con el ánimo de evitar movimientos en las cuentas del deudor recoge expresamente que *“la retención de los fondos de la cuenta del deudor debe tener por efecto que se impida la utilización de los fondos no solo al propio deudor sino también a cualquier persona autorizada por el mismo (...)”*. Por tanto, lo importante para trabar esta medida cautelar es que quede determinada la titularidad del deudor sobre los fondos. Así, no será posible una OERC sobre cuentas en las que el deudor aparezca de apoderado o beneficiario y cuya titularidad corresponda a un tercero.

**11.** Íntimamente relacionado con cuenta bancaria se encuentra la noción de “banco”. Para el art. 4 un banco es una entidad de crédito, remitiendo a su vez al art. 4.1 del *Reglamento (UE) N° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión*<sup>21</sup>. Según dicho Reglamento una entidad de crédito es *“una empresa cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia”*.

El considerando 9 del R. 655/2014 define banco de la misma forma que la definición recogida en el anterior Reglamento citado, pero además excluye expresamente a las entidades que no acepten tales depósitos, señalado como ejemplo entidades que se dediquen a la financiación de proyectos de exportación e inversión o proyectos en países en desarrollo o entidades que presten servicios de mercado financiero.

Dentro del concepto de banco, el Reglamento también incluye a las filiales. Su definición se deriva cuando se trata de entidades que tienen su sede en la UE al art. 4 del Reglamento 575/2013 al que ya remite el R. 655/2014 para definir banco, mientras que para filiales dentro de la UE pero de entidades con sede en terceros Estados será necesario atender al art. 47 de la *Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión*<sup>22</sup>.

**12.** En relación con el término “deudor”, el art. 4 en el apartado séptimo establece que deudor es *“toda persona física o jurídica o cualquier otra entidad con capacidad para ser parte con arreglo al Derecho de un Estado miembro, contra la cual el acreedor pretenda obtener, o haya obtenido ya, una orden de retención relacionada con un crédito”*.

De este modo, podrán tener la condición de deudor tanto las personas físicas como las jurídicas al igual que todas las entidades que tienen capacidad para ser parte en atención a la Ley de un Estado miembro en el que es aplicable el R. 655/2014. Es indiferente que dicha Ley de un Estado miembro que reconoce la capacidad de una entidad sea diferente a lo que establece el Derecho del Estado miembro donde se solicita la orden.

**13.** Por último en cuanto a las definiciones que recoge el Reglamento destacar la de “crédito”, se entiende por tal toda *“pretensión de pago de una cantidad determinada de dinero exigible o pretensión del pago de una cantidad determinable de dinero procedente de una transacción o un hecho que haya tenido lugar; a condición de que esa pretensión pueda formularse ante un órgano jurisdiccional”*.

<sup>20</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 201.

<sup>21</sup> DOUE L 176, de 27 de junio 2013.

<sup>22</sup> DOUE L 176, de 27 de junio 2013.

## b) Cuentas bancarias excluidas

14. Las cuentas bancarias excluidas de la OERC se encuentran en el art. 2.3 y 2.4 del R.655/2014. Así las cuentas bancarias excluidas serían las siguientes:

- i) *Las cuentas bancarias que gocen de inmunidad frente al embargo conforme al Derecho del Estado miembro en el que se tenga la cuenta.* El art. 21.2 LOPJ recoge que los tribunales civiles españoles “no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público”. Así, quedarán excluidas todas las cuentas corrientes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución conforme a las normas del Estado miembro donde se pretenda el embargo. Lo interesante respecto al tema que nos ocupa es “la inmunidad de ejecución”, su fundamento reside en la máxima *in paret no habet imperium* o lo que es lo mismo, un Estado no puede adoptar medidas de ejecución frente a otro Estado<sup>23</sup>. Así, no se podrán embargar *los bienes de las misiones diplomáticas y consulares, incluidas las cuentas bancarias*, así lo establece el art. 22.3 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961<sup>24</sup> y el art. 31.4 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963<sup>25</sup>. Respecto a las cuentas corrientes susceptibles de la inmunidad de ejecución decir que son las destinadas a actos *iure imperii* del Estado extranjero<sup>26</sup>. Así, quedarían excluidas de la inmunidad las destinadas a actos *iure gestionis*<sup>27</sup>. Sin embargo, no siempre es fácil diferenciar el fin al que se somete a determinados bienes, así las cuentas corrientes que se destinan tanto a fines comerciales como oficiales (cuentas indistintas) también son inembargables<sup>28</sup>. La prueba del carácter de estas cuentas será esencial para determinar si pueden o no gozar de las prerrogativas que le brinda la inmunidad de ejecución. Así, el Tribunal Supremo español ha señalado que debe ser el demandante el que debe probar el carácter comercial de las cuentas indistintas, ya que si no lo prueba existe la presunción de que sobre ellas recaen funciones soberanas y por lo tanto de inejecutabilidad por parte de los tribunales españoles<sup>29</sup>.

Del mismo modo, tampoco son objeto de embargo los *demás bienes en los que los Estados extranjeros aparecen como titulares o tienen el control de los mismos*. Sobre estos bienes existe la presunción de que están destinados a actividades *iure imperii*, de ahí la inmunidad de ejecución. 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* en su art. 20 recoge una lista de bienes no susceptibles de ejecución<sup>30</sup>. Entre ellos, las cuentas bancarias utilizadas o destinadas a ser utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, misiones especiales, representaciones permanentes ante organizaciones internacionales o delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales.

Por último destacar el art. 605.4 LEC donde se recoge que resulta inembargables los bienes expresamente declarados así por alguna disposición legal. Tal condición la tienen no sólo las cuentas corrientes afectas a inmunidad de ejecución sino también cuentas bancarias de las Administraciones Públicas, siempre y cuando los fondos de dichas cuentas procedan o se destinen a la función pública<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 157.

<sup>24</sup> BOE núm. 21, de 24 de enero de 1968.

<sup>25</sup> BOE núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

<sup>26</sup> Sentencia Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1997 (RTC 1997, 8).

<sup>27</sup> Sobre este particular vid.

<sup>28</sup> STSJ Madrid 16 de mayo 2006.

<sup>29</sup> STS Social 26 de mayo 2012/STS Social 25 junio 2012(RJ 2012, 9582).

<sup>30</sup> BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

<sup>31</sup> AAP Granada (Sección 3.ª) de 6 de julio de 2013 (JUR 2013, 62626).

- ii) *Las cuentas mantenidas en relación con el funcionamiento de cualquier sistema acorde con la definición del art. 2, letra a) de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*<sup>32</sup>. En este caso quedan excluidas las cuentas utilizadas para la comercialización de instrumentos financieros. Dentro de éstos también se incluyen los fondos de inversión que cumplen las exigencias de la Directiva 2009/65/CE<sup>33</sup>.
- iii) *Las cuentas bancarias de los bancos centrales y las cuentas mantenidas en ellos, cuando actúen en su calidad de autoridades monetarias*. Esta exclusión atiende al concepto que tiene de Banco el Reglamento, es decir, entidad cuya actividad es la banca comercial. Por tanto, las cuentas abiertas en el Banco de España en atención a su condición de gestora del Mercado de Deuda Pública no pueden ser objeto de una OERC<sup>34</sup>.

### c) Asuntos transfronterizos

15. El art. 3.1 del R. 655/2014 precisa qué debe entenderse por asunto transfronterizo. Así, debe entenderse por tal, aquel asunto en el que la cuenta o cuentas a retener no se correspondan con el Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se solicita la OERC en atención al art. 6 o el Estado miembro del domicilio del acreedor. Es decir, el elemento extranjero viene determinado en lo que a la aplicación del Reglamento se refiere por el hecho de que no coincida el Estado miembro donde se encuentra la cuenta bancaria objeto de retención ni con el Estado del tribunal donde se solicita la orden ni con el Estado donde tiene su domicilio el acreedor.

Una precisión sobre si estos criterios deben ser acumulativos (tribunal donde se solicita la orden y domicilio del acreedor no coincidentes con el Estado de las cuentas corrientes) o simplemente el Reglamento ha tratado de señalar dos situaciones de internacionalidad diferentes. La verdad es que de la versión en castellano del Reglamento se podría pensar que al utilizar la conjunción “ni” en el texto del art. 3 que se tratan de requisitos cumulativos. Es decir, que es necesario para que un asunto sea considerado transfronterizo que la cuenta corriente objeto de retención se encuentre en un Estado que no sea ni el del domicilio del acreedor ni tampoco el del tribunal en el que se solicita la orden. Sin embargo, si se estudia el citado art. 3 en otras lenguas como la inglesa, francesa o italiana la impresión es totalmente la contraria, del mismo modo que si se atiende al Considerando 10 del Reglamento<sup>35</sup>. Por eso, en atención a los dos motivos anteriormente citados se podría afirmar que la intención del legislador europeo es que la internacionalidad del asunto venga de la mano de cualquiera de los dos elementos, bien del tribunal en el que se solicita la orden, o bien del domicilio del acreedor. Cualquiera de los citados elementos no puede coincidir con el Estado donde se encuentra la cuenta o cuentas afectadas por la orden. Por lo tanto, podría afirmarse que la versión del Reglamento en lengua castellana es errónea<sup>36</sup>.

16. Esta definición de asunto transfronterizo del art. 3 no se corresponde con la que se recogía en la Propuesta de la Comisión<sup>37</sup>. Tampoco coincide el criterio seguido en otros instrumentos europeos como el del proceso monitorio europeo o el proceso europeo de escasa cuantía. En ambos la repercusión transfronteriza viene determinada por el domicilio de las partes. Se considera que el asunto es transfron-

<sup>32</sup> Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores (DO L 166 de 11 de junio 1998).

<sup>33</sup> Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (DO L 302, de 17 de noviembre 2009).

<sup>34</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 50.

<sup>35</sup> En la versión italiana se recoge en el art. 3 la conjunción “o”, en la versión inglesa “or”, en la versión francesa “ou” y en la versión alemana “oder”. Es decir, en todas estas lenguas se corresponde con la conjunción “o” en castellano.

<sup>36</sup> Vid. en el mismo sentido sobre esta posibilidad L. DOMÍNGUEZ RUIZ, “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 4, octubre-diciembre 2014, p. 248.

<sup>37</sup> En la propuesta de la Comisión se hacía alusión al domicilio de las partes. Éste no podía coincidir con el Estado donde se encontraban las cuentas objeto de retención. Art. 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, Bruselas 25.7.2011, COM (2011), 445 final.

terizo cuando al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado miembro distinto a aquel que conoce del asunto.

17. Por lo tanto, en el R.655/2014 la repercusión transfronteriza del asunto pilota entorno al Estado en el que se encuentran las cuentas del deudor objeto de retención. Dicho Estado no puede coincidir con el Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se solicita la orden ni tampoco con el Estado del domicilio del acreedor. Sobre el primer supuesto, el art. 3 menciona al art. 6 del R. 655/2014, como señala la Prof. C. SENÉS MOTILLA esto es una forma de conectar el concepto de asunto transfronterizo con las diversas situaciones en las que se puede encontrar el acreedor<sup>38</sup>. Es decir, el acreedor, como se estudiará más adelante, puede solicitar una OERC en diferentes supuestos, puede contar o no con una resolución judicial, así en función del momento procesal en el que se encuentre el acreedor, la OERC puede ser una medida cautelar o una medida ejecutiva. Dichas normas recogidas en el art. 6 del Reglamento son igualmente aplicables cuando la repercusión transfronteriza del asunto venga determinada por el segundo elemento del art. 3, es decir, el domicilio del acreedor.

En este segundo supuesto, para considerar transfronterizo el asunto es necesaria la no coincidencia del Estado donde se encuentra la cuenta del deudor objeto de retención y el domicilio del acreedor. El domicilio del acreedor se determina conforme a los arts. 62 y 63 del RBI-bis<sup>39</sup>. El considerando 10 en su apartado segundo establece que el R.655/2014 no será de aplicación para retenerse aquellas cuentas del deudor que se encuentren en el mismo Estado del domicilio del acreedor. El elemento transnacional exigido por el R.655/2014 no concurre. Así, para embargar las cuentas bancarias del deudor que se encuentren en el Estado del domicilio del acreedor será necesario acudir a una medida nacional, no a la OERC. Es más, el propio considerando señala que en el supuesto de que el acreedor solicite al mismo tiempo una orden de retención en el Estado de su domicilio sobre una cuenta situada en dicho Estado y también sobre otras cuentas en otros Estados miembros, será necesario presentar dos solicitudes distintas. No se puede presentar una única solicitud de retención. El tribunal competente para dictar las órdenes de retención podría ser el del domicilio del acreedor, pero las órdenes de retención se sustanciarán por cauces diferentes, la que afecta a la retención de la cuenta que se encuentra en el domicilio del acreedor conforme a la Ley de dicho Estado (medida nacional), sin embargo, la orden sobre la cuenta sita en otro Estado miembro diferente al del domicilio del acreedor se sustanciará conforme al R. 655/2014 (medida europea). Este Reglamento no permite que bajo una única solicitud se pueda sustanciar una medida nacional de retención y una OERC.

18. Por último, el art. 3.2 fija el momento al que debe atenderse para que un asunto sea considerado como transfronterizo. El criterio a tener en cuenta es la fecha en la que solicite la orden de retención ante el tribunal competente. Se sigue la regla procesal de *perpetuatio iurisdictionis*, cualquier cambio posterior a la fecha de solicitud de la OERC no alteraría a la internacionalidad del asunto.

### C) Materias expresamente excluidas

19. El R. 655/2014 en su art. 2.2 señala de la misma forma que otros Reglamentos europeos como el RBI-bis o el Reglamento de proceso monitorio europeo una lista de materias excluidas del

<sup>38</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 52.

<sup>39</sup> En el caso de las personas físicas, el art. 62 establece que para determinar si una persona física está domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conocen del asunto deberá atenderse a la Ley interna de dicho Estado miembro. Es decir, si se cree que el acreedor está domiciliado en París, el domicilio efectivamente estará en Francia si se cumplen con los criterios de domicilio que exige el Derecho francés. En el caso de que sea España el domicilio del acreedor, si se encuentra efectivamente o no en España se deberá atender al art. 40 CC. Cuando se trata de personas jurídicas, a diferencia de las personas físicas en las que el Reglamento remite al Derecho interno del tribunal que conoce del asunto, el RBI-bis sí define qué debe entenderse por domicilio, así el art. 63 establece un triple concepto. Una persona jurídica podría estar domiciliado en cualquier Estado miembro de la UE a efectos del RBI-bis cuando tenga su sede estatutaria, o su administración central o realice sus actividades principales en un Estado miembro. Para un mayor detalle *vid. ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado...*, pp. 283-284; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 95-96.

ámbito de aplicación material del Reglamento. Así es posible destacar: a) *Régimen económico matrimonial*; b) *Cuestiones sucesorias*; c) *Procedimiento de insolvencia o análogos*; d) *Seguridad Social*; e) *Arbitraje*.

20. Además de la lista del art. 2.2 del R. 655/2014, el art. 2.1 excluye del ámbito de aplicación del Reglamento la materia fiscal, aduanera y administrativa, al igual los asuntos en los que la acción se basa en reclamar la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su actividad. En relación con la exclusión de la materia fiscal, aduanera o administrativa se puede decir que son materias que han sido desde siempre excluidas de los Reglamentos europeos de cooperación jurídica en materia civil y mercantil. Dicha precisión que hacen los reglamentos europeos sobre esas materias carece de sentido para el jurista “continental”, ya que claramente son materias de Derecho público<sup>40</sup>. Sin embargo, tal exclusión se consideró necesaria para los operadores jurídicos que iban a aplicar Reglamentos como el RBI-bis en países como Inglaterra o Irlanda, donde dichas materias sí que pueden tener un tinte civil.

#### 4. Ámbito de aplicación personal

21. El acreedor debe estar domiciliado en un Estado miembro que forme parte del Reglamento, así se recoge en el considerando 48. El domicilio del deudor es irrelevante a efectos de aplicar la orden. Así, se puede entender del art. 28.3 R. 655/2014 donde se recoge la normativa a aplicar a efectos de notificaciones cuando el deudor está domiciliado en un tercer Estado. Lo relevante respecto al deudor es que disponga de fondos en cuentas de entidades que pertenezcan a un Estado miembro.

### III. Presupuestos necesarios para la obtención de la orden europea de retención de cuentas

22. La OERC no es una medida ideada para que su concesión sea automática. Así, por tanto según se pueden extraer de diferentes artículos del Reglamento (arts. 7, 12, etc.) es necesario que determinados requisitos o presupuestos sean cumplidos. En este sentido, es posible diferenciar entre presupuestos procesales y presupuestos materiales<sup>41</sup>.

#### 1. Presupuestos procesales

23. Los presupuestos procesales que se pueden considerar necesarios para la obtención de una OERC son los siguientes:

- a) *Solicitud a instancia de parte*. Un órgano jurisdiccional no va a dictar en ningún caso una OERC si no lo solicita la parte interesada. Un reflejo de esta disponibilidad es que es el acreedor el que debe especificar en la solicitud la cuantía a trabar con la orden [art. 8.2.g) R. 655/2014]. Por regla general, el órgano jurisdiccional está vinculado por lo dispuesto por el solicitante. No obstante, éste podrá conceder una cuantía inferior si de las circunstancias del caso concreto se desprende tal necesidad, *ad. ex*, el acreedor ya ha obtenido una orden nacional equivalente la cual ha supuesto la retención de parte de los fondos solicitados (art. 16.4 R. 655/2014).
- b) *Competencia judicial internacional*. El art. 6 R. 655/2014 diferencia dos situaciones para determinar cuándo un órgano jurisdiccional puede ser competente para dictar una OERC. Así, es posible distinguir entre si el acreedor tiene un crédito reconocido o no lo tiene.

En el caso de que el acreedor no cuente con una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva será competente el órgano jurisdiccional que ostente compe-

<sup>40</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado...*, p. 213.

<sup>41</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, pp. 71-101.

tencia para conocer del fondo del asunto. Esta forma de determinar la competencia del tribunal se basa en la consideración de que el órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto o que va a conocer del mismo (no es necesario haber incoado el procedimiento para solicitar una OERC) es el mejor situado para dictar la orden. Esto es así por la próxima conexión que presenta con el asunto. El RBI-bis también permite de forma semejante aunque no única acudir a solicitar medidas cautelares al tribunal que conoce del fondo del asunto<sup>42</sup>.

En el supuesto de que el acreedor sí tenga reconocido su crédito mediante una resolución judicial, transacción judicial o documento con fuerza ejecutiva será competente el tribunal del Estado donde se haya dictado la resolución o donde se haya aprobado la transacción judicial (art. 6.3 R. 655/2014) o los designados a tal efecto por en el Estado miembro en el que el documento se haya formalizado (art. 6.4 R. 655/2014).

Tras el estudio de la norma de competencia judicial internacional recogida en el art. 6 del Reglamento se puede decir que la OERC es una medida judicial. La competencia para dictarla recae con carácter exclusivo en los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

c) *No necesidad de resolución judicial.* El art. 5 R. 655/2014 establece bajo el título “disponibilidad” los tres “*tempos*” en los que se puede solicitar una OERC. Así, es posible solicitar dicha medida antes de incoar un procedimiento judicial mediante el cual se reclama una deuda, en el transcurso del mismo o una vez obtenida una resolución judicial.

**24.** Si la solicitud se realiza *antes de incoar un procedimiento* es necesario tener en cuentas los siguientes aspectos:

i. *La falta de unanimidad entre los Estados parte del R. 655/2014 sobre cuándo debe considerarse que un procedimiento se ha incoado.* Con el fin de paliar las diferencias entre las legislaciones procesales de los Estados parte en relación a cuándo se considera que un procedimiento ha sido incoado, el art. 10.3 R.655/2015 recoge un criterio unánime a efectos del Reglamento. Así, señala que se considera incoado un procedimiento: 1) desde el momento en que la demanda se presenta ante el órgano jurisdiccional correspondiente siempre que el acreedor no deje de llevar a cabo las medidas necesarias para que se dé traslado al escrito; 2) desde el momento que lo reciba la autoridad encargada de notificación cuando la demanda debe llegar antes al demandado que al juzgado, siempre que el acreedor no deje de llevar a cabo las medidas necesarias para que se dé traslado al escrito.

El criterio elegido para considerar incoado un procedimiento no tiene por qué coincidir con el seguido en las legislaciones procesales de los Estados miembros del Reglamento. En el caso del ordenamiento español el criterio del R. 655/2014 es el mismo que el que se sigue en el Derecho procesal español. Según el art. 410 LEC el proceso se considera iniciado desde el momento de la interposición de la demanda, siempre que ésta sea admitida a trámite<sup>43</sup>.

ii. *La incoación del procedimiento está sometida a un plazo.* El acreedor está limitado temporalmente a incoar un procedimiento. Es decir, el Reglamento no permite que pueda hacerlo *sine die*, es necesario que inicie las actuaciones procesales destinadas a la apertura de un procedimiento en los 30 días siguientes a la presentación de solicitud de la orden. Si la fecha en la que resuelve el juez es posterior a esos 30 días, a los 14 días siguientes desde que se

<sup>42</sup> El RBI-bis también permite solicitar medidas cautelares a un tribunal de un Estado parte diferente al que conoce del fondo del asunto (art. 35 RBI-bis). Éste foro es considerado un foro de remisión ya que para activarlo es necesario que el tribunal ante el que se solicita la medida sea competente conforme algún foro recogido en sus normas internas. Además, la solicitud de medidas cautelares a un tribunal diferente al que conoce del fondo del asunto presenta una limitación de eficacia extraterritorial. La medida cautelar sólo será válida en el territorio del tribunal que la ha dictado, no despliega efectos en otros Estados miembros, a diferencia de lo que sucede cuando la medida cautelar es dictada por el tribunal que conoce del fondo del asunto.

<sup>43</sup> *Vid.* C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 91.

dictó la orden (art. 10.1 R. 655/2014). Como se ha podido observar el Reglamento ofrece dos plazos en función del momento en el que se adopte la orden<sup>44</sup>. No hay que olvidar que una característica clave del procedimiento que recoge el R. 655/2014 es la rapidez del órgano jurisdiccional en dictar la orden. El propio art. 18. 1 del citado Reglamento especifica que en caso de que el acreedor aún no cuente con una resolución judicial deberá dictar la OERC en los diez días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud o desde que se completa la misma<sup>45</sup>.

iii. *La existencia de la OERC es accesoria a un procedimiento.* Si el acreedor no llega a incoar el procedimiento para hacer valer su crédito, el juez de oficio revocará la orden concedida o la dejará sin efecto<sup>46</sup>. Por tanto, aunque la consecuencia de la falta de incoación de procedimiento es única: si no hay proceso, no hay OERC. El R. 655/2014 en su art. 10.2 diferencia el *iter* a seguir en función de dónde debe desplegarse la orden. Así, si la OERC está destinada a ejecutarse en el mismo Estado en el que se dicta, la revocación o pérdida de efecto debe regirse por el Derecho nacional de dicho Estado parte del Reglamento. Sin embargo, si la orden debe ser ejecutada en un Estado distinto al cual se dictó, el órgano jurisdiccional de origen deberá cumplimentar “un formulario de revocación” y remitirlo a la autoridad competente del Estado miembro de ejecución para que adopte las medidas necesarias para dejar sin efecto la OERC.

**25.** En el caso de que la solicitud de la orden se haya realizado *una vez incoado el procedimiento*, el acreedor deberá tener en cuenta que dispone del siguiente *lapso* temporal: desde que presenta la demanda hasta que se dicte la resolución. El Reglamento no concreta en qué momento, una vez incoado el procedimiento, el acreedor puede solicitar la OERC<sup>47</sup>.

**26.** Como ya se sostenido, el acreedor también tiene la opción de solicitar una OERC *una vez obtenida una resolución judicial*. La decisión del acreedor de solicitar esta medida en lugar de acudir directamente a un proceso de ejecución será acorde a sus intereses<sup>48</sup>. Podría tener sentido solicitar la OERC tras la resolución judicial cuando ésta aún no es firme. El acreedor puede decidir actuar con cautela y no acudir a un proceso ejecutivo hasta que no quepa recurso alguno frente a la resolución.

## 2. Presupuestos materiales

**27.** Los presupuestos materiales que se pueden considerar necesarios para la obtención de una OERC son los siguientes:

a) *La necesidad urgente de la medida.* La OERC debe ser una medida necesaria. Es decir, el art. 7.1 del R. 655/2014 sostiene que el acreedor debe acreditar la necesaria urgencia de adoptar dicha medida (considerando 14). Esta necesidad puede venir en términos generales avalada en la actualidad por la facilidad que existe hoy día en mover el dinero entre cuentas banca-

<sup>44</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 92.

<sup>45</sup> Este plazo para resolver sobre la adopción de una OERC se reduce aún más cuando la OERC se solicita una vez que se cuenta con una resolución judicial. En ese caso, el juez deberá resolver en no más de 5 días hábiles desde que se presenta la solicitud o se completa la misma.

<sup>46</sup> La diferencia que el Reglamento hace entre “la revocación” y “la pérdida de efecto” de la orden obedece según la Prof. C. SENÉS MOTILLA al grado de ejecución en el que se encuentre la orden (C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 93). Así, entendemos que si la orden ya se ha ejecutado se deberá revocar pero si aún no ha tenido lugar su ejecución aunque sí su aprobación lo que sucedería es que perdería su efecto ejecutivo, no se llegaría nunca a materializar.

<sup>47</sup> En el Derecho procesal español interno no existe tal libertad a la hora de solicitar medidas para asegurar el cobro. Si el acreedor considera que debe solicitar medidas cautelares para asegurarse la efectividad de una ejecución posterior en el momento de presentar la demanda, es cuando debe hacerlo. Si no lo hace, tal posibilidad precluye y el acreedor sólo podrá solicitar la adopción de medidas con posterioridad a la presentación de la demanda si prueba que existen circunstancias en ese momento que hacen que sea necesario la adopción de medidas cautelares (art. 730. 4 LEC).

<sup>48</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 90.



rias, no sólo radicadas en el mismo país sino en países diferentes. No obstante, la necesidad no puede ser general debe obedecer a un causa o causas reales que afecten al caso concreto, *ad ex.* que el acreedor tenga constancia de que el deudor ha hecho movimientos en su patrimonio con ánimo de ocultar el mismo.

- b) *Imposibilidad o dificultad en el cobro de la deuda.* El acreedor debe probar que sin la adopción de la orden la ejecución de la resolución va a ser imposible o va a resultar más difícil (considerando 14). Esta exigencia del Reglamento requiere que el acreedor acredite el riesgo real que presenta dicho deudor de no poder hacer frente a la deuda. El acreedor tiene que probar un riesgo real, concreto, no un riesgo hipotético o genérico<sup>49</sup>. Esto muestra como la concesión no es automática, sino que es el resultado de una decisión a la que llega el órgano jurisdiccional después de ponderar las circunstancias que le ha probado el acreedor tales como *ad. ex.*, el comportamiento del deudor ante el proceso, no es igual la actitud de un deudor que ante el conocimiento de la causa comienza a dilapidar su patrimonio que un deudor que lo mantiene tal y como estaba; la solvencia del deudor; la naturaleza de bienes que posee, si éstos tienen alguna carga o gravamen; los antecedentes del deudor, su historial crediticio o su actuación en una situación anterior... (considerando 14).

En definitiva, el acreedor es el que debe probar que no adoptar una OERC haría imposible o muy gravoso el cobro de la deuda y para ello puede utilizar todos los medios de prueba disponibles en la legislación nacional del Estado ante el que se solicita la medida. Los medios de prueba al alcance del acreedor pueden diferir de un Estado miembro a otro<sup>50</sup>.

- c) *Apariencia de buen derecho del acreedor.* El art. 7.2 del R. 655/2014 exige como presupuesto para la concesión de la orden que el acreedor pruebe que el derecho de crédito que ostenta se basa en pretensiones lo suficientemente sólidas como para prosperar en cuanto al fondo. Es lo que se conoce como la apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris*. El acreedor ante la ausencia de una resolución judicial, transacción o documento público con fuerza ejecutiva debe probar los razonamientos legales y las circunstancias fácticas en los que su crédito se sustenta [art. 8.2.h.ii) R. 655/2014]. Así podrá valerse de todos los medios de prueba disponibles en la legislación nacional del tribunal ante el que solicita la OERC, destacando entre ellos la prueba documental como medio más idóneo. No obstante, el órgano jurisdiccional siempre puede solicitar otro tipo de pruebas con el fin de que quede suficientemente justificado el derecho de crédito del acreedor, tales como la audiencia del acreedor o testigos (art. 9.2 R. 655/2014). El hecho de que sea el Derecho nacional el que rijan la prueba podría dar lugar a que se favorezca el *forum shopping*<sup>51</sup>.

En el caso de que el acreedor ya cuente con una resolución judicial o similar no tiene la obligación de probar su derecho de crédito. El acreedor únicamente deberá incluir en la solicitud una copia de la resolución, transacción o documento acompañada de una declaración de que la resolución aún no se ha ejecutado o que se ha ejecutado parcialmente [arts. 8.3 y 8.2.i) R. 655/2014].

**28.** Por lo tanto, a modo de resumen, conforme al art. 7 del R. 655/2014 un acreedor que desee solicitar una OERC debe probar (1) que ostenta un derecho de crédito (*fumus boni iuris*), (2) que es necesario adoptar la medida con urgencia porque (3) existe un peligro real de no cobrar la deuda (*periculum in mora*). El acreedor no tendrá que probar las circunstancias que avalan su pretensión de crédito cuando ya cuente con una decisión judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva.

<sup>49</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 73; L. SANDRINI, “La procedura per l’adozione dell’ordinanza europea di sequestro conservativo dei conti bancari”, P. FRANZINA/A. LEANDRO, *Il sequestro europeo di contibancari. Regolamento (UE) n. 655/2014 de 15 maggio 2014*, Giuffrèeditore, Milán, 2015, p. 47.

<sup>50</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 74.

<sup>51</sup> Vid. L. SANDRINI, *La procedura per...*, p. 49.

29. En definitiva, se puede decir que el fin de estos requisitos es asegurar un equilibrio entre los intereses del deudor y del acreedor y que la adopción de la medida sea proporcional y en consonancia a los mismos.

### 3. La caución exigida al acreedor

30. Desde nuestro punto de vista, los requisitos expuestos persiguen cierta ecuanimidad entre los intereses del acreedor y del deudor. El fin no es otro que compensar las características del procedimiento (no audiencia al demandado, procedimiento rápido, se puede solicitar sin crédito aún reconocido, etc.) de obtención de una OERC. Así, en la misma línea que los anteriores se podría destacar otro requisito para la obtención de una OERC que aunque no aparece de forma expresa en el art. 7 es un criterio que muchas veces el acreedor debe cumplir para que se le conceda la OERC, este es la prestación de una caución<sup>52</sup>. El R. 655/2014 diferencia claramente entre si el acreedor tiene reconocido o no su crédito mediante resolución judicial o similar. Es decir, la regla general es que si el acreedor no tiene reconocido judicialmente su crédito va a tener que prestar una caución (art. 12.1 R. 655/2014). Salvo en supuestos en los que el acreedor pruebe que no tiene medios económicos suficientes para hacer frente a la misma o cuando la cuantía de la deuda sea de escasa entidad y el juez no lo estime necesario. Así, a *sensu contrario*, si el acreedor ya tiene reconocido su crédito será el juez el que decida si es necesario solicitar caución en base a las circunstancias del caso concreto (art. 12.2 R. 655/2014). Algunos motivos que pueden inclinar la balanza a favor de una caución, podrían ser, *ad ex.*, que la resolución no sea aún ejecutiva o que sólo lo sea de forma provisional (considerando 18). Como ya se señalaba la solicitud de caución es una medida que pretende compensar el perjuicio que se le puede causar al deudor por el hecho de que la orden pueda dictarse sin darle audiencia y así evitar que el acreedor abuse del procedimiento establecido en el R. 655/2014. La caución al acreedor no deja de ser una vía para poder materializar en el caso de que sea necesario “la responsabilidad del acreedor” conforme al art.13 del Reglamento.

## IV. Procedimiento

### 1. Procedimiento sin notificar al demandado

31. Un aspecto esencial y muy característico del procedimiento para la obtención de una OERC es que no se va a notificar la orden al deudor (art. 11 R. 655/2011)<sup>53</sup>. En la propuesta de Reglamento, en concreto en su art. 10, se recogía la posibilidad de que el propio acreedor podía solicitar tal notificación y que se le diera audiencia al deudor antes de dictar la orden. Sin embargo, tal posibilidad se ha eliminado<sup>54</sup>. Desde nuestro punto de vista, con toda razón. El fin de la orden, no es embargar, sino retener fondos con el fin de que puedan ser ocultados, dilapidados, etc. Para conseguir tal fin es básico que el deudor no esté informado al respecto, porque si lo está, el efecto sorpresa desaparece y el efecto perseguido puede esfumarse fácilmente. Situación que haría trabajar en balde a las autoridades encargadas de adoptar dicha medida.

32. De este modo, aunque no es habitual no notificar al demandado cuando se va adoptar una medida cautelar que va afectar su patrimonio, al menos en el ordenamiento español no lo es ni tampoco en el Derecho procesal europeo<sup>55</sup>. La verdad es que el Reglamento señala contrapartidas al hecho de que

<sup>52</sup> Vid. L. DOMÍNGUEZ RUIZ, “La orden europea...”, pp. 251-252; C. SENÉS MOTILLA, La orden Europea..., pp. 77- 87.

<sup>53</sup> Vid. para posición en contra, F. MARTÍN DÍZ, “La orden europea de embargo de activos bancarios”, en C. ARANGUENA FANEGO (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011, pp. 141-142.

<sup>54</sup> Esto significa un adiós a la doctrina del TJUE establecida en la STJCE de 21 de mayo de 1980, *Denilauler*, as. 125/79, *Rec.* 1980, p. 00525, apartados 5-18.

<sup>55</sup> Si observamos el art. 733.1 LEC la regla general es dar audiencia al demandado antes de adoptar medidas cautelares, sólo con carácter excepcional se podrá prescindir de la audiencia cuando ésta comprometa el buen fin de la medida o concurran razones de urgencia que así lo justifiquen. En el caso del RBI-bis señalar que la notificación de la medida cautelar al demandado

el deudor no tenga constancia de la solicitud de orden por parte del acreedor. Así, una clara compensación es la solicitud de caución al acreedor (art. 12 R. 655/2014) y también el régimen de responsabilidad del acreedor (art. 13 R. 655/2014). Además, conviene no olvidar que al deudor se le va a dar audiencia posteriormente<sup>56</sup>. El art. 28.1 del R. 655/2014 establece que se procederá a notificar al deudor una vez ya exista la orden. Por lo tanto, no sería lógico pensar en que sus intereses no se protegen en el procedimiento para la obtención de una OERC.

## 2. Solicitud de OERC

### A) Contenido

**33.** La solicitud de la orden se debe realizar a través de formularios normalizados. Éstos no se recogen en el propio texto del R. 655/2014 sino en otro diferente, el *Reglamento 2016/1823 de la Comisión de 10 de octubre de 2016 por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil* (en adelante, Reglamento de ejecución 2016/1823)<sup>57</sup>. Esto es así debido a que se perseguía que dichos anexos fueran elaborados por la Comisión con el visto bueno de los Estados miembros. En total hay 9 anexos, los cuales están previstos para las diferentes fases del procedimiento para la obtención y ejecución de la orden europea<sup>58</sup>. Estos anexos muestran como la naturaleza del procedimiento para la obtención de una OERC se pretende que sea con carácter general por escrito<sup>59</sup>. Aunque no se prohíben por el Reglamento las actuaciones orales, lo cierto es que su presencia durante el procedimiento es excepcional (arts. 18.2 y 9.2 R. 655/2014).

**34.** En concreto, en relación al contenido de la solicitud es posible destacar lo establecido por el art. 8 R. 655/2015. De este modo, el formulario de solicitud de una OERC debe contener los siguientes aspectos:

- i) *Identificación de las partes.* En atención al art. 8 en sus letras a, b y c, es necesario que conste los datos relativos al órgano jurisdiccional ante el cual se presenta la solicitud, del acreedor y del deudor. Sobre ellos en el caso de tratarse de personas físicas deberían constar datos tales como nombre completo, fecha de nacimiento con el fin de verificar su capacidad, domicilio y número de documento de identidad. En el caso de tratarse de persona jurídica, el Reglamento señala que debe constar su número de identificación o registro o la fecha y lugar de constitución, creación o registro. El domicilio del acreedor o del deudor puede ser un dato prescindible, no obstante, en ocasiones dicho dato es esencial para establecer la

---

es una exigencia necesaria para que la medida pueda desplegar efectos en un Estado diferente al que se dictó. Esto es así porque sin notificar al demandado la resolución que adopta tales medidas no se considera resolución a efectos del art. 2.1 del RBI-bis. Sin embargo, notificar no es igual a comparecencia del demandado. Así, se puede sostener que es posible que una medida cautelar pueda ser reconocida y ejecutada en un Estado miembro diferente al que la dictó siempre que el demandante pruebe que ha sido notificado al demandado aunque éste no haya comparecido. Sobre los efectos extraterritoriales de las medidas cautelares *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, pp. 708-713.

<sup>56</sup> *Vid.* R. MIQUEL SALA, "La futura orden...", p. 226.

<sup>57</sup> DOUE L 283/1, de 19 de octubre de 2016.

<sup>58</sup> *Anexo I:* Formulario para solicitar una orden europea de retención de cuentas en atención al art. 8.1 R. 655/2014; *Anexo II:* Formulario para dictar de una orden europea de retención de cuentas conforme a lo dispuesto en el art. 19.1 R. 655/2014; *Anexo III:* Formulario que deberá utilizarse para revocar una orden europea de retención de cuentas, según el art. 10.2 R. 655/2014; *Anexo IV:* Formulario para expedir una declaración sobre retención de fondos, conforme al art. 25.1 R. 655/2014 ; *Anexo V:* Formulario para solicitar la liberación de las cantidades retenidas en exceso, conforme al art. 27.2 R. 655/2014 ; *Anexo VI:* Formulario para el acuse de recibo al que se refiere el art. 29.2 del R. 655/2014; *Anexo VII:* Formulario para la interposición de un recurso conforme al art. 36.1 R. 655/2014; *Anexo VIII:* Formulario para la transmisión de una resolución sobre un recurso al Estado miembro de ejecución, conforme a lo establecido por el art. 36.5 R. 655/2014; *Anexo IX:* Formulario que deberá utilizarse para recurrir cualquier resolución sobre un recurso en atención al art. 37 del R. 655/2014.

<sup>59</sup> *Vid.* C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, pp. 106-108.

competencia judicial internacional del tribunal o para determinar el carácter transfronterizo del asunto

- ii) *Información relativa a las cuentas del deudor.* Un aspecto importante para que la OERC pueda prosperar es que el acreedor proporcione información sobre las cuentas del deudor (art. 24.4 R. 655/2014). Así, el art. 8 letras d, e, y f establece que se el acreedor debería identificar al banco donde el deudor tiene sus fondos y el número de cuenta concreto donde en el caso de concederse se debería realizar la retención.

Sin embargo, no es de extrañar que tanto la concreta entidad bancaria como el número de cuenta sean datos desconocidos para el acreedor. En ese caso, el art. 14 R. 655/2015 prevé una solución. El acreedor siempre puede pedir ayuda al órgano jurisdiccional ante el que presenta la solicitud requiriendo que indague sobre las cuentas del deudor en una determinada entidad. Así, en este sentido, el acreedor debe justificar al tribunal por qué considera que el deudor tiene fondos en una determinada entidad, no teniendo cabida las peticiones generales (art. 14.1 y 2). Por lo tanto, la petición del acreedor de información sobre las cuentas del deudor al órgano jurisdiccional al que se solicita la OERC está sujeto a una serie de requisitos.

En este sentido, la regla general es que sólo se estima la petición de información cuando el acreedor tiene reconocido su derecho de crédito mediante resolución, documento público o transacción (art. 14.1 R. 655/2014)<sup>60</sup>. Esto es así debido al carácter sensible de la información que está solicitando el acreedor. No tiene sentido proporcionarle información al acreedor cuando no se sabe si efectivamente su derecho de crédito es tal. Por lo que la petición de información sobre los datos bancarios del deudor no prosperaría cuando el procedimiento aún no se ha incoado o aún no ha finalizado. El R. 655/2014 es prudente en este aspecto. Dicha prudencia se ensancha con la posibilidad de que se pueda solicitar información sobre las cuentas del deudor cuando la resolución judicial o equivalente no ha obtenido fuerza ejecutiva. Aún así tal posibilidad no está exenta de condiciones. El art. 14.2 R. 655/2014 precisa que cuando la resolución judicial que reconoce la deuda aún no es ejecutiva el acreedor debe justificar para poder obtener información sobre las cuentas del deudor (1) que el importe retenido es sustancial a las circunstancias del caso y que (2) existe urgencia en obtener la información porque hay riesgo de que si no se recaba la misma no se pueda llevar a efecto el cobro de la deuda.

Por lo tanto, una cuestión que no podemos dejar de mencionar es que en realidad el órgano jurisdiccional sólo va a proporcionar tal información sobre el deudor cuando se vaya a conceder la OERC. Si el juez no tiene intención de concederla porque alguno de los presupuestos falla no va proporcionarle al acreedor información sobre los datos bancarios del deudor. Una vez que el órgano jurisdiccional analiza la petición de información y concurren los presupuestos para que el acreedor pueda obtenerla, la autoridad competente deberá recabar dicha información conforme a las pautas que el propio R. 655/2014 recoge en su art. 14.5. Básicamente las vías para recabar tal información son: a) petición al banco donde el deudor tiene fondos; b) acceso a la información que las administraciones públicas tengan en sus bases de datos, registros...; c) petición directa al deudor; d) cualquier otra vía que permita obtener la información necesaria para poder dictar la orden. Una vez obtenido la información, la autoridad competente debe transferirla al órgano jurisdiccional encargado de resolver sobre la OERC conforme a lo dispuesto en el art. 29 del R. 655/2014. Al deudor no se le va a notificar que se han revelado sus datos personales hasta pasados 30 días desde que la autoridad competente tiene acceso a dicha información. (art. 14. 8 R.655/2014). La razón es evitar que dicha notificación se efectúe antes de la emisión de la orden.

- iii) *La cantidad objeto de retención.* El acreedor debe indicar y acreditar la cantidad objeto de la OERC (art. 8 letra g R. 655/2014). Además si ya cuenta con una resolución judicial o equivalente en la que se le reconoce el crédito podrá también añadir al importe de la deuda y sus intereses, además de los costes de reclamación judicial (art. 15 R. 655/2015).
- iv) *El razonamiento jurídico y fáctico sobre el que se basa la solicitud.* Aquí el Reglamento en el art. 8 letras h e i diferencia entre si el acreedor ya cuenta con el reconocimiento de su crédito o si no lo tiene aún reconocido. En el caso de que ya cuente con resolución judicial

<sup>60</sup> Sobre este particular *vid.*, L. SANDRINI, *La procedura per...*, pp. 60-64.

o equivalente no es necesario hacer mención alguna a las razones fácticas que sustentan el crédito, lo importante es que el acreedor justifique que la resolución no se ha ejecutado o que sólo ha sido ejecutada parcialmente. Si el acreedor no tiene su crédito reconocido deberá justificar su crédito, exponer en la solicitud los hechos en los que se sustenta. No es necesario hacer ninguna argumentación jurídica, ya que como se expondrá posteriormente, la OERC se puede solicitar sin asistencia de abogado ni procurador (art. 41 R. 655/2014). La exigencia de la justificación del crédito (*fumus boni iuris*) conforme a la letra h del art. 8 R. 655/2014 es la vía para acreditar uno de los presupuestos necesarios para obtener una OERC del que hablamos en un apartado anterior recogido en el art. 7.2 R. 655/2014.

Asimismo, el otro presupuesto del art. 7.1 R. 655/2014 (*periculum in mora*) se materializa en la solicitud en el art. 8 letra j, el acreedor debe realizar una descripción de todas las circunstancias que justifiquen el riesgo real de no poder llegar a ejecutar el crédito o que sea más difícil en el caso de no adoptar la OERC.

Por último en cuanto a los fundamentos que debe aportar el acreedor, el art. 8 en su letra k, señala que el acreedor siempre puede justificar al órgano al que solicita la orden los motivos por los que no procedería pedirle una caución. Aquí, quizás, el acreedor tiene poco margen ya que cuando no cuente con una resolución judicial o equivalente en la que se le reconozca el crédito va a tener en términos generales que asumir una caución para hacer frente a la responsabilidad que pudiera surgir en el caso de que se concediera la orden de retención en un primer momento y posteriormente su derecho de crédito no prosperara.

- v) *Lista de pruebas*. El acreedor debe enumerar las pruebas con las que acompaña la solicitud. Estas pruebas como es lógico irán destinadas a justificar los requisitos tanto procesales como materiales necesarios para que OERC pueda ser dictada. Además de todos aquellos aspectos imprescindibles para dictar la OERC de los que el acreedor tenga constancia tales como el número de cuenta. Generalmente las pruebas serán de carácter documental debido a la naturaleza fundamentalmente “escrita” del procedimiento de OERC. No obstante, si hubiera alguna prueba testifical se podría recoger en dicho apartado de la solicitud aunque posteriormente fuera necesaria una vista para materializarla (art. 18.3 R. 655/2014). La solicitud de pruebas complementarias estará permitido si así lo contempla el Derecho nacional del Estado miembro que deba dictar la orden (art. 9.1 R.655/2014).
- vi) *Información adicional*. El art. 8.2 en sus letras m, n y o recoge una serie de declaraciones que el acreedor debe realizar al completar la solicitud. En la letra m, al acreedor se le obliga a que informe al órgano solicitante de la solicitud de cualquier otra orden nacional equivalente, si se le ha concedido y en qué parte se ha ejecutado o incluso si le ha sido rechazada. Esta obligación se precisa en el art. 16.2 R. 655/2014. En el supuesto de que el acreedor no la cumpliera podría incurrir en responsabilidad conforme a lo dispuesto en el art. 13.2.c) R. 655/2014.

A diferencia de la información anterior que es obligatoria, el acreedor de forma facultativa puede indicar su número de cuenta bancaria a efectos del pago de la deuda de forma voluntaria por el deudor [art. 8.2. n) R. 655/2014]. Por último, el acreedor debe declarar que todo lo expuesto es verdad y que entiende las consecuencias que conllevaría aportar información falsa deliberadamente [art. 8.2. o) R. 655/2014].

## B) Presentación de la solicitud

**35.** La tramitación de la solicitud de una OERC debe ser *on line* (art. 8.4 R. 655/2014). El legislador ha escogido la vía telemática como vía para que el interesado presente su solicitud. Es una opción bastante positiva que permite al interesado presentar la orden desde cualquier lugar y en cualquier momento con el fin de que el procedimiento sea lo más eficiente posible. Aún así no hay que olvidar que tanto la solicitud de la orden como los documentos que acompañan la misma deben presentarse ante el órgano judicial competente conforme a las normas procesales de dicho Estado (*Lex fori regit processum*).

### C) Representación procesal

36. La OERC puede ser tramitada sin que el acreedor cuente con la asistencia de ningún profesional del derecho (art. 41 R. 655/2014). Esta falta de exigencia va en la línea del Reglamento de buscar agilidad y rapidez en el procedimiento. El acreedor puede solicitar la medida cautelar por sí mismo además de todos los trámites relacionados con la misma que recoge el Capítulo 4 del Reglamento. Incluso puede recurrir su denegación sin contar con la asistencia de un letrado y procurador siempre y cuando no lo exijan las normas procesales del Estado donde se presenta la solicitud. Por lo tanto, nunca se puede dejar de lado el Derecho procesal nacional, ya que es aplicable con independencia de la nacionalidad o el domicilio de las partes. Así, por tanto, podría ser necesario tener conocimientos del mismo, por eso quizás la ausencia de abogado y procurador sea algo más teórico que real. De hecho, hay que tener en cuenta que aunque el acreedor no necesite la asistencia de abogado y procurador para solicitar la orden sí que va a necesitarla para reclamar el crédito cuando supere una determinada cuantía. Por eso hay algún autor que ha sostenido la escasa utilidad del art. 41 R. 655/2014<sup>61</sup>.

37. En el caso de que la orden se solicite en el ordenamiento español, una vez despachada la ejecución conforme a la LEC, decir que sí que será necesario que las partes estén representadas por abogado y procurador cuando dicha ejecución se deriva de una resolución en la que sí fue necesaria contar con la asistencia de dichos profesionales<sup>62</sup>.

38. Desde nuestro punto de vista, la opción es interesante debido a que es una forma de facilitar el acceso al ciudadano a la justicia. Es una forma de mostrar que uno mismo puede relacionarse con la administración de justicia de forma rápida y efectiva sin necesidad de contar con asistencia profesional. La realidad es que el trámite es muy sencillo. Quizás más vértigo puede ocasionarle al acreedor cuando deba instar la OERC en un Estado miembro diferente al de su domicilio especialmente por la barrera idiomática, ya que la orden debe ir cumplimentada en uno de los idiomas oficiales del país. Aún así, el hecho de presentar la solicitud de forma telemática y sin necesidad de postulación procesal deja entrever que el futuro o quizás ya el presente de muchos trámites judiciales van a ir en esta línea.

### D) Rectificación de la solicitud

39. El art. 17.3 R. 655/2014 permite que el acreedor pueda completar la solicitud o rectificar errores en el plazo que la autoridad competente le otorgue. Los aspectos a corregir son todos aquellos recogidos en el citado art. 8.2 que tenga carácter obligatorio. Los datos de carácter facultativo nunca van a ser objeto de modificación o rectificación. Del mismo modo, también quedan fuera todos los datos necesarios para fundamentar la OERC recogidos en el art. 7. Si el acreedor no justifica tales requisitos de forma que permita al órgano jurisdiccional apreciar la necesidad de la orden, ésta va a ser desestimada.

40. En el caso de que el solicitante no modifique o rectifique la solicitud en el plazo otorgado por el órgano jurisdiccional será desestimada. Se puede decir que el R. 655/2014 sigue lo dispuesto por otras normas europeas para tutela del crédito como el proceso monitorio europeo y en el procedimiento europeo de escasa cuantía.

### E) Solicitudes paralelas

41. El art. 16 R. 655/2014 señala dos aspectos que pueden condicionar las actuaciones del acreedor durante todo el procedimiento de obtención una OERC. Así, hay que decir que el Reglamento prohíbe solicitar más de una orden europea al mismo tiempo y exige que quede constancia en el caso de haber solicitado medidas nacionales equivalentes a la orden europea. La razón de ser de

<sup>61</sup> Vid. D. VILAS ÁLVAREZ, El Reglamento por..., p. 17.

<sup>62</sup> Vid. I. LÓPEZ CHOCARRO, "La orden Europea...", p. 3.

ambos aspectos es evitar un perjuicio desmesurado al deudor. Del mismo modo que se velan por los intereses del acreedor deben protegerse también los intereses del deudor, para sí evitar una retención excesiva.

42. Así, en relación a la *prohibición de solicitar más de una OERC* sobre un mismo derecho de crédito, decir que tal prohibición es absoluta, es independiente a que más de un órgano jurisdiccional pudiera ser competente para dictarla en diferentes Estados miembros o en el mismo Estado<sup>63</sup>. En definitiva, el acreedor debe esperar a que concluya por completo el procedimiento sobre la solicitud de la OERC que ha incoado en un Estado para poder solicitarla en otro. En el caso de no respetar esta obligación, el acreedor será responsable de los daños y perjuicios que ocasione al deudor [art. 13.2. c) R.655/2015].

43. En el caso de que acreedor haya solicitado una medida nacional equivalente tiene el deber de dejar constancia sobre ello en la solicitud de OERC [art. 8.2. m) R.655/2014]. Esta posibilidad no se prohíbe debido a la naturaleza complementaria del procedimiento europeo para la obtención de una orden respecto de las medidas ya recogidas en los derechos nacionales. Aún así debido a la importancia que puede tener sobre el patrimonio del deudor que exista más de una medida al respecto, ya sea nacional o europea, es necesario cierta coordinación entre autoridades. Por tanto, el acreedor debe no sólo informar sobre la existencia de solicitud de una medida nacional equivalente sino del estado concreto en el que se encuentra. Además tal deber de información existe durante todas las fases del procedimiento de la OERC, no sólo cuando se solicita la orden. La razón es evidente. La existencia de una medida nacional va a condicionar la procedencia de conceder la OERC y en el caso de que se otorgue, también su cuantía.

Del mismo modo que ya vimos con la prohibición de solicitudes paralelas, si el acreedor incumple se derivará responsabilidad de ello. Es más el art. 27.1. b) R. 655/2015 exige la liberación de cantidades que sobrepasen la cantidad solicitada cuando se haya dictado la orden con posterioridad a la ejecución de una o varias órdenes nacionales equivalentes en relación a la mismo derecho de crédito frente al mismo deudor.

### 3. Plazos para la resolución sobre la solicitud

44. Una de las características que persigue el legislador europeo con la OERC es que pueda ser una medida a adoptar de forma rápida. Para tal fin es esencial los plazos de resolución que las autoridades competentes deben seguir. Así, el art. 18 del Reglamento establece los criterios al efecto. Se pueden diferenciar en este sentido:

a) *Regla general*: aquí es necesario distinguir entre si el acreedor cuenta o no con un reconocimiento judicial de su crédito. Si el acreedor ya ha obtenido una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva el plazo que tiene el órgano competente para resolver es de 5 días hábiles desde que el acreedor presenta la solicitud o la completa (art. 18.1 R.655/2014). En el caso de que no cuente con una resolución judicial o equivalente el órgano competente tiene un plazo para resolver de 10 días hábiles desde que el acreedor presenta la solicitud o la completa (art. 18.2 R.655/2014).

Esta diferenciación en los plazos se basa en que la autoridad competente ante la ausencia de una resolución judicial que reconozca la deuda debe estudiar con detalle los motivos en los que se basa el acreedor para sustentar su derecho (*fumus boni iuris*). Aspectos que una vez se tiene una resolución no son necesarios que se comprueben.

b) *Situaciones particulares*: podrían diferenciarse en concreto tres situaciones que hacen que los plazos anteriores no puedan llevarse al efecto. Estos escenarios serían:

<sup>63</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 134.

- i) La necesidad de audiencia para dictar la OERC (art. 18.3 R.655/2014). En el caso de que órgano jurisdiccional considere que para dictar la orden es necesario dar audiencia al acreedor o a algún testigo deberá hacerlo con la mayor brevedad posible. En este supuesto, el plazo para resolver será de 5 días hábiles desde la fecha de celebración de la audiencia.
- ii) La exigencia de caución al acreedor (art. 18.4 R.655/2014). Cuando la autoridad competente exija una caución al acreedor deberá conceder un plazo breve pero al arbitrio del juez, que en ningún caso debería ser mayor que el que existe para dictar la resolución<sup>64</sup>. El Reglamento en este caso señala que el plazo de 5 o 10 días deberá contar a partir de que se dicta la resolución para que el acreedor preste la caución.
- iii) La solicitud de información sobre las cuentas del deudor (art. 18.5 R.655/2014). Si el acreedor ha solicitado al órgano jurisdiccional información sobre las cuentas del deudor, la autoridad competente deberá dictar la resolución sobre la OERC tan pronto reciba la información, siempre y cuando el acreedor haya prestado la caución requerida.

45. La autoridad competente puede que en algunas situaciones excepcionales no pueda cumplir con estos plazos que marca el art. 18. En ese caso, el Reglamento prevé en su art. 45 que el órgano jurisdiccional debe resolverse en la mayor brevedad posible.

## V. La resolución sobre la OERC

### 1. La procedencia de conceder una orden europea de retención de cuentas

46. Una vez solicitada una orden europea de retención el órgano jurisdiccional competente debe resolver al efecto. El acreedor tiene derecho a conocer el resultado de su solicitud<sup>65</sup>. La autoridad competente podrá resolver básicamente en tres sentidos diferentes: 1) conceder la OERC de forma íntegra; 2) concederla parcialmente; 3) desestimarla.

Para llegar a cualquiera de los resultados expuestos, el órgano jurisdiccional competente analizará los presupuestos procesales y materiales que se expusieron en un apartado anterior en el presente estudio. En definitiva, la autoridad a resolver comprobará su competencia judicial tanto internacional como territorial, la capacidad de las partes, que la solicitud cumple el ámbito de aplicación del R. 655/2014, si se cuenta o no con una resolución judicial reconociendo la deuda y en el caso de no ser así si ya se ha incoado el procedimiento.

47. Un aspecto a tener en cuenta es que el Reglamento prevé el instrumento formal concreto que debe ser utilizado para estimar la OERC, pero no para desestimarla<sup>66</sup>. En ese caso, habrá que atender a lo dispuesto en la *lex fori* del Estado que debe resolver.

### 2. Contenido de la OERC

48. Cuando la autoridad competente estima que la OERC debe concederse (total o parcialmente) debe materializarlo conforme al formulario del Anexo II del Reglamento de ejecución 2016/1823. Este formulario es la vía para resolver que debe seguir el órgano jurisdiccional competente, no siendo necesario una resolución separada y distinta del formulario<sup>67</sup>. Esto permite que la resolución pueda ser adoptada rápidamente y se puedan cumplir los plazos que exige el Reglamento. Además el formulario también facilita la ejecución especialmente cuando el Estado de origen que dicta la orden y el de destino no coinciden.

<sup>64</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 142.

<sup>65</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 143.

<sup>66</sup> Vid. L. SANDRINI, *La procedura per...*, p. 67.

<sup>67</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 145.



**49.** La naturaleza del formulario es doble: es una resolución pero también un requerimiento<sup>68</sup>. En otras palabras, es una resolución debido a que estima una pretensión (la solicitud de OERC) y un requerimiento, ya que va dirigido al banco para que emita la orden conforme exige el Reglamento. El papel del banco es esencial para que la orden sea efectiva. Aunque el R. 655/2014 no ha querido especificar la responsabilidad del banco, recogiendo en su lugar una norma de conflicto, lo cierto es que el banco incurriría en responsabilidad si incumple sus deberes y la misma se regiría por la Ley del Estado miembro de ejecución.

El hecho de que el formulario por el que se emite la OERC tenga también dicha naturaleza de requerimiento hace que la autoridad competente en dictarla tenga que cumplimentar tantos formularios como cuentas bancarias en entidades bancarias diferentes se vean afectadas por la retención (art. 23.6 R. 655/2014). Como se analizará a continuación, el órgano jurisdiccional debe en el apartado correspondiente del formulario correspondiente señalar una relación de todos los bancos afectados para que las partes (acreedor y deudor) tengan conocimiento de ello (art. 19.4 R. 655/2014).

**50.** Un aspecto que no debe olvidar es que la estimación de la orden debe guardar congruencia, con lo que el acreedor ha solicitado. Es decir, en ningún caso se podría conceder una OERC por un importe mayor que el que solicita el acreedor (art. 17.4 R. 655/2014). El acreedor cuando solicite la orden debe asegurarse muy bien que justifica de forma adecuada la cuantía a retener. Así, deberá existir una correlación entre la cantidad que señala que se debe retener con la deuda. Tal acreditación debe realizarse conforme a lo dispuesto en el art. 9 R. 655/2014 pero también conforme al Derecho aplicable a la deuda que reclama.

**51.** En relación al contenido concreto del formulario de resolución de OERC señalar que se divide en dos partes, la A (detallada en el art. 19.2) destinada al acreedor, al deudor y al banco y la B (detallado en el art. 19.3) dirigida al deudor y al acreedor.

En la parte A debe recogerse básicamente lo siguiente:

- i) *Información relativa a las partes, al órgano jurisdiccional y al banco que emite el formulario.* La orden debe identificar a la autoridad competente que la dicta pero también a las partes a las que afecta y al banco encargado de emitir la orden. Dichos datos permiten que el deudor pueda recurrir ante el órgano pertinente, que se pueda notificar tanto al acreedor como al deudor. Del mismo modo que al banco, siendo el órgano jurisdiccional competente en dictar la orden el encargado de comunicarle la obligación de retener una o varias cuentas del deudor.
- ii) *Los datos bancarios del deudor.* Aquí el art. 19.2 en sus letras e y f diferencia dos supuestos en función de cómo la autoridad competente ha obtenido la información respecto a las cuentas del deudor. El número de cuenta o cuentas a retener se ha podido obtener porque el acreedor lo conocía y así lo aportó en su solicitud o a través de una petición realizada por el acreedor para obtener tal información conforme al art. 14.

El Reglamento diferencia estos supuestos con el fin de que el banco sepa cómo la autoridad competente en dictar la orden ha llegado a conocer que el deudor tiene cuentas en esa entidad. El banco tiene el deber de comprobar que efectivamente los datos bancarios recogidos en la orden son correctos, no pudiendo retener los fondos en caso de no tener certeza sobre la titularidad de la cuenta (art. 24.4 R. 655/2014). En definitiva, el banco con independencia de cuál haya sido el cauce para conocer el número de cuenta bancaria del deudor debe cerciorarse de tal información es cierta, todo ello con el fin de evitar perjudicar a terceros<sup>69</sup>.

- iii) *La cantidad objeto de retención.* El banco necesita saber la cantidad objeto de retención. Para llevarla a efecto el banco no necesitaría un desglose exhaustivo de los conceptos que componen la retención (deuda, costas procesales, intereses...). Aún así, el formulario del Anexo II prevé la posibilidad de que se especifique cada concepto de forma separada.

<sup>68</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, pp. 156-157.

<sup>69</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 159.

- iv) *El mandato para que el banco ejecute la orden.* La letra h del art. 19 recoge una instrucción específica dirigida al banco: debe ejecutar la orden conforme a lo dispuesto en el art. 24 R. 655/2014.
- v) *La fecha en la que se dicta la orden.* En atención a los plazos que marca el Reglamento la fecha en la que se dicta la orden es relevante. La agilidad del procedimiento depende de que las autoridades implicadas cumplan con los mismos. Sin embargo, a decir verdad, el Reglamento debe confiar en el buen hacer de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros ya que no establece ninguna sanción en caso de incumplimiento de dichos plazos.
- vi) *Información bancaria del acreedor.* El acreedor ha podido en el escrito de solicitud [art. 8.2. n) R. 655/2014] señalar la cuenta bancaria en la que quiere que llegado el caso se le pudieran transferir los fondos. La transferencia de fondos al acreedor no está exento de condiciones, el deudor debe dar su consentimiento, el Derecho del Estado de ejecución de la OERC debe permitirlo y además no pueden concurrir otras órdenes respecto de la cuenta en cuestión (art. 24.3 R. 655/2014).
- vii) *Información necesaria para que el banco puede emitir la declaración sobre retención de fondos.* El órgano jurisdiccional debe informar al banco sobre dónde está disponible el formulario que debe utilizar para emitir la declaración sobre retención. Dicho formulario está disponible *on line* en la *webpage* del Portal Europeo e-justicia.

En la parte B, el formulario debe contener:

- i) *Motivación de la OERC.* Como ya se ha expuesto el órgano jurisdiccional al emitir el formulario está dictando una resolución. Por lo tanto, la misma debe motivarse, la autoridad competente debe justificar que concurren el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.
- ii) *La cuantía objeto de caución prestada por el acreedor.* La autoridad que emite la OERC debería informar al deudor de si al acreedor se le ha solicitado caución. Esta es la vía para que el deudor obtenga tal información ya que no tiene otra forma de saberlo debido a que la orden se dicta sin notificarle y sin darle audiencia. No obstante, este apartado del formulario no siempre se cumplimenta por la autoridad, dependerá de si se ha solicitado o no caución al acreedor. Aun así, esta información es relevante para el deudor debido a que es un motivo para impugnar la orden en atención al art. 33.2 R. 655/2014, ya que si la caución no ha sido exigida, el deudor puede solicitar que así se haga o en el caso de que sí se le haya exigido al acreedor, solicitar que se modifique la cuantía a la alza.
- iii) *El plazo para incoar el procedimiento sobre el fondo.* La autoridad competente debe en el caso de que el acreedor haya solicitado la orden sin incoar un procedimiento sobre la reclamación de la deuda informar rellenando la casilla pertinente en el formulario de tal situación. Como ya se estudió, el acreedor tiene un plazo para incoar el procedimiento. El propio formulario señala que pasado el tiempo estipulado en el art. 10 R. 655/2014 desde que se presentó la orden y no haya el acreedor presentado prueba al órgano competente de la incoación del procedimiento, la orden quedará sin efecto. Dicho plazo para la incoación puede ser ampliado por el órgano jurisdiccional a petición del deudor en aras de que las partes intenten llegar a un acuerdo sobre la deuda.
- iv) *La necesidad de traducción.* El art. 49. 1 R. 655/2014 exige que la orden de retención y la solicitud deban presentarse traducidas al deudor en alguna de los idiomas oficiales del país en el que está domiciliado. El resto de documentos presentados por el acreedor al solicitar la orden sólo deben traducirse si así lo estima el órgano jurisdiccional que emite la misma. Se considera que tal traducción es una prerrogativa con la que cuenta el deudor debido a que afecta directamente a su posibilidad de recurrir.
- v) *La obligación del acreedor de instar la ejecución de la orden y la notificación al deudor.* El formulario recoge tres casillas a rellenar por la autoridad competente que van a tener relevancia para el acreedor en función de lo que establezca el Derecho del Estado de origen. Como ya se ha señalado el Reglamento deja la opción a los Estados miembros en función

de su derecho procesal nacional que decidan cuestiones como si debe ser el acreedor o un órgano judicial el encargado de incoar la ejecución de la orden, de notificar al deudor o de transmitir la orden a la autoridad competente del Estado miembro de ejecución conforme al art. 23.3 R.655/2014. En el supuesto de que fuera el ordenamiento español el Estado de origen tales casillas del formulario no se cumplimentarían debido a que el acreedor está exento de tales obligaciones. Le corresponde de oficio al órgano jurisdiccional que hubiera dictado la orden (art. 738.1 LEC)<sup>70</sup>.

vi) *Información sobre los recursos disponibles para el deudor.* La parte final del formulario se dedica a informar al deudor sobre la posibilidad de recurrir la OERC. En concreto, se le indica las opciones de recurso que podría tener, bien recurrir la estimación de la orden ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen o la posibilidad de recurrir su ejecución ante el órgano de ejecución (arts. 33-35 R. 655/2014).

### 3. Notificación al acreedor y recurso de la resolución por la que se deniega la OERC

52. El art. 17.5 R. 655/2014 señala que el acreedor tiene derecho a ser notificado, debiéndose realizar la misma conforme a las normas que existen en el Estado miembro de origen en relación a órdenes nacionales equivalentes<sup>71</sup>. La notificación permite que el acreedor pueda recurrir la orden desestimada total o parcialmente (art. 21.1 R. 655/2014). El plazo para llevar dicho recurso a efecto sería 30 días a partir de la fecha en que se haya puesto en conocimiento del acreedor (art. 21.2 R. 655/2014).

Si la denegación de la OERC es total, el art. 21.3 R.655/2014 dispone que no se dé audiencia al solicitante de la orden. Esto permite una mayor agilidad cuando la estimación es parcial, ya que todavía queda notificar al deudor<sup>72</sup>.

53. La interposición de recurso no elimina la posibilidad de que el acreedor pueda solicitar de nueva una OERC. Sin embargo, como es lógico, y señala también el considerando 22, tal posibilidad debería descansar en el hecho de que hayan aparecido nuevos hechos o nuevas pruebas con el fin de que se pueda justificar un cambio en las circunstancias que permita sustentar la nueva solicitud de orden.

54. En definitiva, podemos decir que en línea con su carácter exhaustivo, el Reglamento 655/2014 perfila el procedimiento que debe seguir el acreedor cuando la OERC es desestimada, dejando a la elección de los Estados miembro el órgano encargado del recurso (art. 46.1 R.655/2014). En particular, en el caso de España se ha elegido la misma regla procesal que de si una medida nacional se tratara (art. 736.1 LEC). Así, el órgano jurisdiccional ante el cual puede interponerse el recurso el acreedor será ante la autoridad que ha desestimado la orden. En el caso de que la resolución haya sido dictada por un Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil, el recurso se resolverá por la Audiencia Provincial que territorialmente corresponda. Cuando la resolución haya sido dictada en segunda instancia será ese mismo tribunal el que deberá resolver el recurso.

### 4. Duración de la retención

55. El R. 655/2014 no señala un período concreto en el cual la orden tiene eficacia y pasado el mismo la pierde. Es decir, la OERC no se expide para un tiempo determinado<sup>73</sup>. Aún así, como medida cautelar que es, su carácter es temporal. Hay dos caracteres que influyen en su duración directamente, su dependencia del proceso principal (donde se dirime la cuestión de fondo) y su incompatibilidad con

<sup>70</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 165.

<sup>71</sup> Así si es España el Estado de origen al acreedor se le notificará conforme a lo dispuesto en los arts. 152.2, 153 y 155.1 LEC. El procedimiento a seguir será el establecido para la notificación de resoluciones judiciales que variará en función de si el acreedor ha incoado o no el procedimiento sobre la reclamación de su crédito y en el supuesto afirmativo si ha estado asistido por procurador. Vid. sobre este particular, Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 147.

<sup>72</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 149.

<sup>73</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 166.

las medidas de ejecución. De este modo, el art. 20 R. 655/2014 señala que la orden de retención tiene efectos hasta que 1) sea revocada; o 2) se deje sin efecto su ejecución; o 3) surta efectos una medida ejecutiva respecto de una resolución judicial, transacción judicial o documento público obtenido por el acreedor donde se le reconoce su derecho de crédito el cual se pretendía asegurar con la orden.

Las razones 1 y 2 recogidas en el art. 20 tienen lugar cuando ha prosperado un recurso interpuesto por el deudor (arts. 33 y 34 R. 655/2014). Aunque se estudiaran más adelante, el recurso frente a una OERC le corresponde estimarlo al Estado de origen (art. 33.1 R. 655/2014) y en el caso de hacerlo tiene fuerza ejecutiva inmediata (art. 36.5 R. 655/2014). En contraposición, la razón 3 muestra la incompatibilidad anunciada de las medidas cautelares con las medidas ejecutivas. Si se inicia un proceso de ejecución, la retención de cuenta que tenía como fin asegurarla ya ha cumplido su cometido, no es necesario que continúe.

## VI. Ejecución de la orden de retención

### 1. Eficacia y características del procedimiento de ejecución de la OERC

56. La OERC puede ser reconocida y ejecutada en un Estado miembro sin necesidad de superar un procedimiento específico al respecto (art. 22 R. 655/2014). Es decir, tiene eficacia jurídica directa<sup>74</sup>. La supresión del *exequatur* tiene todo su sentido visto el objeto del Reglamento de crear un procedimiento ágil y eficaz para la obtención de una medida cautelar. El fin no deja de ser otro que facilitar el cobro de la deuda transfronteriza.

57. Los arts. 22 a 32 R. 655/2014 se encargan de precisar el procedimiento y los aspectos necesarios para que la OERC se ejecute. Una característica de este procedimiento de ejecución se recoge en el art. 23.1 R. 655/2014 y es que la orden europea de retención de cuentas se ejecuta conforme a los procedimientos existentes en el Estado de ejecución previstos para medidas nacionales equivalentes. Por lo tanto, la ejecución de la OERC combinará lo dispuesto por el Reglamento con lo recogido en los Derechos procesales nacionales sobre medidas cautelares equivalentes con la OERC. Esta remisión implica que entre los Estados miembros se pueda diferir entre quién debe ser el encargado de incoar el procedimiento de ejecución (órgano jurisdiccional o acreedor). Un aspecto va a ser coincidente y es en relación a que debe ser una autoridad, ya sea judicial o administrativa la que se encargue de la ejecución de la orden<sup>75</sup>. En el caso de España, dicha autoridad encargada de la ejecución será el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se mantenga la cuenta bancaria. En el caso de que existan cuentas en distintos lugares, el Juzgado de Primera Instancia correspondiente a cualquiera de ellas.

58. Las fases que podríamos diferenciar en el procedimiento de ejecución de la orden son las siguientes: 1) Transmisión de la OERC; 2) Cumplimentación y emisión de declaración sobre retención de fondos por el banco; 3) Notificación al deudor de la orden. 4) Actuaciones de la autoridad de ejecución.

### 2. Transmisión de la OERC

59. La autoridad del Estado miembro de origen tiene la obligación de *transmitir* la orden a la autoridad del Estado de ejecución. En particular, debe transmitir la parte A del formulario. Esta situación tiene lugar cuando la cuenta bancaria objeto de retención se encuentra en un Estado distinto al que emite la orden. Es decir, el Estado donde se dicta la orden y el Estado donde se ejecuta no coinciden. En este

<sup>74</sup> Para un mayor detalle sobre la eficacia de la OERC *vid.* R. MIQUEL SALA, “La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *CDT*, vol. 4, nº 2, p. 227, parágrafo nº 28. Sobre la circulación de la OERC *vid.* A. LEANDRO, “La circolazione dell’ordinanza europea di sequestro conservativo dei conti bancari”, en P. FRANZINA/A. LEANDRO, *Il sequestro europeo di contibancari. Regolamento (UE) n. 655/2014 de 15 maggio 2014*, Giuffrèeditore, Milán, 2015, pp. 119-145.

<sup>75</sup> *Vid.* C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 180.

caso es necesario seguir lo dispuesto por el art. 29 R. 655/2014. Así, en el procedimiento de transmisión podrían destacarse cinco aspectos<sup>76</sup>:

- i) *Agentes responsables de la transmisión.* El sujeto responsable de transmitir la OERC a la autoridad encargada de la ejecución es el órgano jurisdiccional que la dictó o el acreedor. Como ya vimos, según recoge el art. 23.3 R. 655/2014 este aspecto dependerá de quién sea el encargado de incoar la ejecución y variará en función de lo que disponga el Derecho del Estado miembro de origen.
- ii) *Objeto de la transmisión.* La transmisión debe constar de la parte A del formulario recogido en el Anexo II del Reglamento de ejecución 2016/1823 más un formulario en blanco a cumplimentar por el banco conforme al art. 25 R. 655/2014. La autoridad transmitente debe enviar tantos formularios a la autoridad de ejecución como entidades bancarias deban practicar la orden de retención (art. 23.6 R. 655/2014). Así, si la retención sólo afectara a una cuenta bancaria de un banco, sólo debe transmitir un formulario. Pero si las cuentas a retener son *ad ex.*, cinco y todas ellas pertenecen a entidades bancarias diferentes, la autoridad deberá transmitir cinco formularios.
- iii) *Plazo.* El Reglamento no señala ningún plazo concreto para que la transmisión se lleve a efecto. Únicamente el art. 23.2 R. 655/2014 determina que las actuaciones destinadas a la ejecución deben realizarse por las autoridades implicadas sin demora. Lo que sí se precisa por el legislador europeo, en concreto en el art. 29.2 R. 655/2014 es que la autoridad que reciba los documentos debe enviar un acuse de recibo al agente transmitente antes de que finalice el día hábil siguiente al día de la recepción. El medio para efectuar el acuse de recibo también se precisa por dicho artículo, debe ser mediante el formulario normalizado recogido en el Anexo VI del Reglamento de ejecución 2016/1823.
- iv) *Medio adecuado transmisión.* El art. 29.1 R. 655/2014 da libertad a los Estados miembros para que utilicen el medio de transmisión que mejor se adecúe a la finalidad perseguida: agilidad en el procedimiento. Por tanto, los Estados miembros podrán utilizar cualquier medio que garantice la mayor veracidad y fidelidad del documento que se expide sin que haya problemas de legibilidad.
- v) *Traducción.* La orden se transmitirá en el idioma original en el que ha sido redactada, el mismo se corresponderá con la lengua oficial del Estado miembro de origen. No obstante, el art. 23.4 R. 655/2014 precisa que cuando se estime oportuno la orden se transmitirá acompañada de traducción o transcripción en el idioma oficial del Estado de ejecución.

60. Este procedimiento de transmisión que acabamos de analizar no siempre es necesario. Esto sucede cuando la cuenta a retener se encuentra en el mismo Estado que dictó la orden. Es decir, coincide el Estado de emisión con el Estado de ejecución. Así, habrá supuestos en los que no será necesario ni si quiera transmitir los documentos entre autoridades del mismo Estado, ya que la ejecución es competencia del órgano que la dictó<sup>77</sup>. En el caso de que fuera necesario la transmisión de documentos entre autoridades de un mismo Estado se debe atender a lo dispuesto por el art 46.1 R.655/2014. El Derecho del Estado en el que se desarrolle el proceso es el que rige cómo debe transmitirse los documentos.

### 3. Cumplimentación y emisión de la declaración sobre retención de fondos por el banco

#### A) Introducción

61. Una vez que la autoridad de ejecución transmite al banco la OERC, tiene, como colaborador de la Administración de Justicia que es, la obligación de realizar una serie de tareas para que la orden sea efectiva. La entidad bancaria aunque es un ente muy importante en la ejecución de la orden, no se

<sup>76</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, pp. 177-180.

<sup>77</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, pp. 176-177.

le considera parte en el procedimiento. El banco es un mero ejecutor, no puede cuestionar ningún aspecto de los que conforman la orden, sólo se limita a cumplir con una obligación. En el caso de que no actuara de la forma debida podría incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus deberes como posteriormente se analizará.

**62.** Por lo tanto, debido a que el banco tiene que ser diligente en su actuación las dos obligaciones principales que debe realizar en el procedimiento de ejecución de la OERC son: A) *La cumplimiento de la orden*. Para desempeñar tal deber es necesario que la entidad bancaria realice las siguientes tareas: a) Identificación de la cuenta o cuentas a retener; b) Selección de la cuenta o cuentas ante la pluralidad de cuentas del deudor; c) La conversión monetaria de la cuantía objeto de retención; d) La práctica la retención; B) *La expedición de la declaración sobre retención de fondos*.

## **B) Cumplimentación de la OERC**

**63.** El banco tiene entre sus obligaciones principales la obligación de cumplimentar la OERC, para ello el mismo preámbulo del Reglamento permite que el banco siga los *métodos y estructuras* sobre medidas equivalentes a la orden ya existentes en el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución (considerando 23).

**64.** El plazo del que dispone el banco para cumplimentar la orden no se especifica, lo que sí debe tener en cuenta es que debe hacerlo sin demora una vez la recibe (art. 24.1 R. 655/2014).

**65.** Como ya se ha señalado en el epígrafe anterior, la cumplimentación de la OERC implica que el banco desempeñe las siguientes actuaciones:

**66. a) *La identificación de las cuentas a retener.*** Como ya se expuso en el apartado de la solicitud de orden de retención, la información sobre el número de las cuentas del deudor puede venir determinada por el propio acreedor o por “la autoridad de información” del Estado miembro de ejecución cuando éste no ha podido identificarlas con certeza. Sin embargo, no siempre la orden identifica el número de cuenta del deudor que se debe trabar. En ese caso, el art. 24.4 R. 655/2014 señala al banco cómo proceder. Así, en ese sentido debería: 1) identificar por sus propios medios a través del resto de datos que consten en la orden; 2) si no pudiera identificarla conforme a la vía anterior, deberá solicitar tal información a la “autoridad de información” del Estado de ejecución. Si la entidad bancaria tampoco pudiera identificar la cuenta del deudor con certeza no deberá cumplimentar la OERC.

**67. b) *La selección de la cuenta o cuentas a bloquear.*** Una vez identificadas las cuentas del deudor en una misma entidad bancaria, a ésta se le puede plantear la disyuntiva a la hora de cumplimentar la orden de qué cuenta debe elegir a efectos de practicar la retención. El Reglamento en su art. 24.7 establece el criterio que el banco debe seguir. El banco deberá cumplimentar la orden en el siguiente orden de prelación: en primer lugar debe practicar la retención sobre las cuentas de ahorro en las que el deudor sea el único titular; en segundo lugar, en las cuentas corrientes en las que el deudor sea el único titular; en tercer lugar, deberá dirigirse a las cuentas de ahorro conjuntas; en cuarto lugar, a las cuentas corrientes conjuntas. Como ya se expondrá en un momento posterior del trabajo, cuando se trata de cuentas en las que el deudor comparte titularidad se debe atender a lo dispuesto por el art. 30 R. 655/2014.

Como se puede apreciar, el criterio que debe seguir el banco es dar prioridad a las cuentas de ahorro en las que el deudor aparezca como único titular. El hecho de que en dichas cuentas puedan existir otras personas como “autorizadas” no es relevante para la práctica de la retención.

**68. c) *La conversión monetaria de la cuantía objeto de retención.*** El banco deberá convertir el importe especificado en la orden a la moneda en la que se encuentran los fondos. Esto debe realizarse si la moneda si la moneda en la que se expresan los fondos de la cuenta y la cuantía de la orden no coinciden (art. 24.8 R. 655/2014). El hecho de que la moneda del Estado de origen y del Estado de

ejecución no coincidan no significa que el banco deba hacer ninguna conversión, ya que la mayoría de los Estados miembros permiten la apertura de una cuenta en moneda extranjera. Así, el aspecto a tener en cuenta para que el banco deba realizar la conversión es que la divisa en la que se expresa la cuantía a retener (*ad. ex.* euros) es diferente de la divisa de los fondos depositados en la cuenta del deudor objeto de retención (*ad ex.*, dólares).

**69. d) La práctica de la retención.** Del mismo modo que era importante para practicar la retención conocer por el banco con exactitud la cuenta o cuentas objeto de retención, también lo es conocer la cuantía que hay que retener. El banco es un simple ejecutor de la Administración judicial por lo que debe ajustarse a lo que le indique la orden. No puede cuestionar ningún aspecto.

El banco conforme al art. 24.2 R. 655/2014 llevará a efecto la retención bien *bloqueando la cuenta* del deudor para evitar la retirada de fondos por cualquier vía que realice él mismo (transferencia, retirada de fondos, etc.) o un tercero autorizado por él (orden permanente de pago, débito directo, tarjeta de crédito, etc.), o bien *transfiriendo la cuantía* objeto de retención a una cuenta destinada a tales efectos. El resto de fondos que excedan de la cantidad a retener pueden ser libremente utilizados por el deudor (art. 24.5 R. 655/2014). Volviendo a la forma de practicar la retención bien bloqueando la cuenta o bien transfiriendo los fondos, decir que la que se corresponde en puridad con la medida cautelar de retención es la del bloqueo de fondos. No obstante, con el fin de facilitar a los Estados miembros la llevada a efecto de la OERC permite que en caso de sus derechos nacionales lo recojan puedan practicar la retención conforme a otra modalidad (la transferencia de fondos) distinta a la del estricto bloqueo de cuentas.

No obstante, un aspecto que condiciona al banco a trabar la cuantía indicada en la orden es el hecho de que al momento en el que la recibe hay operaciones pendientes que deben realizarse sobre las cuentas del deudor. Así cabe plantearse si dichas operaciones que deben realizarse sobre las cuentas del deudor deben atenderse o no antes que a la orden. El art. 24.2 R.655/2014 permite atender a dichas operaciones, es decir, que la práctica de la retención queda supeditada a las operaciones que estuvieran pendientes al momento en el que el banco recibe la orden. Lo relevante es atender al momento temporal. Dichas operaciones que pueden ser referentes a pagos que el deudor debe realizar a terceros o incluso al propio banco deben estar “pendientes de realizarse” al momento de que el banco reciba la OERC. Es decir, debe existir la obligación de efectuarlas con anterioridad a la orden. Además, dichas operaciones deben siempre afectar a los fondos del deudor antes de que el banco expida la declaración sobre la retención de fondos conforme al art. 25 R. 655/2014. Aquí el Reglamento pretende ser previsor y evitar que se modifique la declaración sobre la retención una vez realizada. Cuando es emitida la declaración no se puede modificar, si el banco no cargó sobre los fondos del deudor operaciones pendientes al momento de recepción de la orden es su responsabilidad. Esta precisión del Reglamento es importante, ya que puede ser que al hacer efectivas dichas operaciones pendientes los fondos del deudor no sean suficientes para practicar la retención conforme a la cantidad expresada en la OERC. En ese caso, cuando no hay fondos suficientes, el art. 24.6 R. 655/2014 señala algo obvio, la retención sólo se cumplimentará con la cantidad disponible en la cuenta o cuentas del deudor.

Una vez el banco conoce la cuenta o cuentas a retener y la cuantía pertinente no le queda otra tarea que cumplimentar la orden para poder emitir la declaración. Sin embargo, en ese proceso de cumplimentación no puede perder de vista determinados aspectos que pueden implicar límites a la retención. Éstos serían: i) las cantidades exentas de retención; ii) la prelación de órdenes; iii) cuentas de titularidad conjunta.

**70.** En relación a las *cantidades exentas de retención* decir que el art. 31 R. 655/2014 establece que el Derecho del Estado de ejecución determinará qué cantidades se encuentran exentas de retención. Es irrelevante que el deudor no esté domiciliado en dicho Estado para aplicarle la normativa del Estado de ejecución<sup>78</sup>. Los Estados parte del Reglamento han tenido que comunicar a la Comisión conforme a lo previsto en el art. 50.1.h) la normativa aplicable sobre las cantidades exentas. En el caso español, las normas facilitadas a la Comisión son en relación a sueldos y pensiones, en concreto el art. 607 LEC.

<sup>78</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 194.

El Derecho de los Estados miembros es importante en este aspecto, ya que en función de quién tenga la obligación de alegar las cantidades a eximir, el momento procesal para solicitar que determinadas cantidades queden exentas de retención variará. Así, si conforme a las normas del Estado de ejecución el deudor no tiene obligación de alegar la inembargabilidad de determinadas cantidades, tal obligación recaerá sobre el órgano encargado de hacerlo en dicho Estado (art. 31.2 R. 655/2014). Por tanto, el momento procesal para hacerlo será antes de trabar la medida cautelar. Sin embargo, si la obligación de alegar la inembargabilidad recae en el deudor, el momento procesal será posterior, deberá alegarlo con posterioridad a que la medida haya sido adoptada, conforme a lo previsto en el art. 34.1.a) R. 655/2014 (art. 31.3 R. 655/2014).

71. Respecto a la *prelación* de órdenes, es necesario tener en cuenta que sobre una misma cuenta pueden existir más de una orden de retención. Todo dependerá de cuantos acreedores hayan iniciado acciones contra el deudor. Ante este panorama cabe plantearse cuál es la prelación entre las órdenes existentes, lo cual puede afectar al banco a la hora de cumplimentar la orden. El art. 32 R. 655/2014 señala que debe ser el Derecho del Estado de ejecución el que determine la prelación de las órdenes aplicando las mismas reglas que a las medidas nacionales equivalentes<sup>79</sup>. No hay que olvidar que dicha prelación se refiere a la medida cautelar propiamente dicha, no a la prelación de créditos que puedan existir frente al mismo deudor. El objetivo del Reglamento de que la medida europea reciba el mismo tratamiento que la nacional se refleja en la especificación que se realiza en el considerado 28. Así se señala que en el caso de que una medida de ejecución presente prelación sobre una medida cautelar de retención, las órdenes europeas deben recibir el mismo tratamiento que las nacionales. Es decir, que no podrían quedar relegadas a un peldaño inferior que las medidas de retención nacionales, sino al mismo nivel a la hora de establecerse la prelación cuando concurren medidas de ejecución. En el mismo sentido en relación a las medidas de ejecución personales, también deben considerarse equivalentes a órdenes nacionales.

Una de las consecuencias de la existencia de más de una orden sobre una misma cuenta es que el deudor no puede solicitar la liberación de fondos para retenidos para pagar la deudor a uno de los acreedores que tiene a su favor una OERC [art. 24.3.c) R. 655/2014]. Esta limitación es coherente, ya que de permitirse estarían prevaleciendo unos créditos frente a otros, siendo ésta una cuestión que se escapa del ámbito de aplicación del Reglamento.

En el caso de que sea España el país de ejecución, la regla para la prelación es temporal, a partir del momento en el que el banco recibe la OERC<sup>80</sup>.

72. Sobre las cuentas de *titularidad conjunta y nominales* el Reglamento diferencia entre las que el deudor comparte titularidad con otra persona y las cuentas en las que el deudor es titular en nombre de un tercero o el tercero en nombre del deudor (art. 30 R. 655/2014). Dichas cuentas podrán retenerse si así lo permite el Derecho del Estado de ejecución. Los Estados miembros conforme a lo dispuesto en el art. 50.1.g R. 655/2014 han tenido la obligación de comunicar a la Comisión en qué medida

<sup>79</sup> En el ordenamiento español hay que atender a lo dispuesto por los arts. 610 y 611 LEC. Por un lado, el art. 610 señala que “1. Los bienes o derechos embargados podrán ser *reembargados* y el *reembargo* otorgará al *reembargante* el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes *reembargados*, una vez satisfechos los derechos de los ejecutantes a cuya instancia se hubiesen decretado embargos anteriores o, sin necesidad de esta satisfacción previa, en el caso del párrafo segundo del apartado siguiente. 2. Si, por cualquier causa, fuere alzado el primer embargo, el ejecutante del proceso en el que se hubiera trabado el primer *reembargo* quedará en la posición del primer ejecutante y podrá solicitar la realización forzosa de los bienes *reembargados*. Sin embargo, el *reembargante* podrá solicitar la realización forzosa de los bienes *reembargados*, sin necesidad de alzamiento del embargo o embargos anteriores, cuando los derechos de los embargantes anteriores no hayan de verse afectados por aquella realización. 3. Los ejecutantes de los procesos en que se decretare el *reembargo* podrán solicitar del Secretario judicial que adopte medidas de garantía de esta traba siempre que no entorpezcan una ejecución anterior y no sean incompatibles con las adoptadas a favor de quien primero logró el embargo”. Por el otro, el art. 611 LEC, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 588, podrá pedirse el embargo de lo que sobrare en la realización forzosa de bienes celebrada en otra ejecución ya despachada. La cantidad que así se obtenga se ingresará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones para su disposición en el proceso donde se ordenó el embargo del sobrante”. Por lo tanto, en el ordenamiento español el criterio seguido es el temporal, prevalecería el primero en el tiempo. Sin embargo, no en todos los ordenamientos europeos es así, existen algunos en los que la cantidad se divide entre los diferentes embargantes (*Vid.* R. MIQUEL SALA, “La futura orden...”, pp. 232-233).

<sup>80</sup> Información disponible en [https://e-justice.europa.eu/content\\_european\\_account\\_preservation\\_order-379-es-es.do?member=1#a\\_96](https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-es-es.do?member=1#a_96)



dichas cuentas pueden verse afectadas por la retención. Dicho requerimiento es necesario debido a la disparidad entre Estados miembros sobre este particular<sup>81</sup>. Así, en el caso de que fuera España el Estado de ejecución, el banco podrá retener los fondos de las cuentas de titularidad conjunta y de las cuentas de las que el deudor sea titular por cuenta de un tercero, pero no de las cuentas de las que el titular es un tercero por cuenta del deudor. Por lo tanto, cómo se muestren los Estados miembros respecto a este particular la práctica de la retención se va a ver limitada en mayor o menor medida. Una cuestión evidente es que no en todos los Estados miembros existe la misma posición sobre la retención de fondos sobre cuentas de titularidad conjunta y cuentas nominales, de hecho, dentro de un mismo ordenamiento puede que la cuestión no sea pacífica<sup>82</sup>.

### C) Expedición de la declaración sobre la retención de fondos

73. Una vez cumplimentada la orden, el banco debe expedir una declaración sobre los fondos retenidos. El fin de dicha declaración es la de dejar constancia de que la retención se ha practicado por el banco. Los aspectos relevantes de la declaración en atención al art. 25 R. 655/2014 son cuatro:

- 1) *Modo de realización*. La vía para efectuar la declaración es mediante el formulario recogido en el Anexo IV del Reglamento de ejecución 2016/1823.
- 2) *Plazo*. El banco tiene un plazo para emitir la declaración. El Reglamento diferencia en función de las circunstancias del caso concreto. Un plazo general y otro excepcional. El general no puede superar el tercer día hábil desde que se cumplimentó la orden. El excepcional, una prolongación del anterior en función de la necesidad del asunto, no puede superar el octavo día hábil desde que la orden se cumplimentó.
- 3) *Transmisión*. La entidad bancaria debe transmitir la declaración efectuada a las diferentes “partes” implicadas. Éstas pueden diferir en atención a si la OERC ha sido o no emitida en el mismo país en el que deba ejecutarse. De este modo, el art. 25.2 R.655/2014 señala que cuando el Estado de origen y de ejecución coinciden el banco debe transmitir la orden al órgano jurisdiccional que la haya dictado (conforme al art. 29) y al acreedor (por correo certificado o por los medios electrónicos equivalentes). Si la orden se dicta en un Estado distinto al de su ejecución, el art. 25.3 R. 655/2014 señala que el banco debe transmitir la declaración sobre la retención de fondos al órgano jurisdiccional del Estado de ejecución. Éste, a su vez, será el que deba comunicar la declaración al órgano que la emitió (conforme al art. 29) y al acreedor (por correo certificado o por los medios electrónicos equivalentes).

El banco también debe comunicar al deudor la declaración de retención (art. 25.4 R. 655/2014). Como se estudiará posteriormente, dicha comunicación del banco no tiene efectos de notificación pero sí informativos. Es una forma de evitar reproches del deudor al banco por no haberle informado del bloqueo que iba a tener lugar, ya que la relación banco-cliente está al margen de la reclamación de una deuda que conlleva tal medida<sup>83</sup>.

### D) Las comisiones del banco

74. La cumplimentación y emisión de “la declaración sobre la retención de fondos”, del mismo modo, que dar información sobre las cuentas del deudor son “gestiones” que el banco puede cobrar al deudor o al acreedor si así lo permite el Estado miembro de ejecución (art. 43 R.655/2014). La cuantía de dichas comisiones debe ajustarse a la complejidad de la OERC, que en ningún caso puede ser mayor a la que se viene cobrando por las órdenes nacionales equivalentes.

<sup>81</sup> Sobre las diferencias entre legislaciones europeas, *vid.* R. MIQUEL SALA, “La futura orden...”, pp. 231-232.

<sup>82</sup> Así, *ad ex.*, en el ordenamiento español no es una cuestión cerrada el embargo de bienes debido a deudas contraídas por uno de los cónyuges, *vid. ad ex.*, L. DIEZ- PICAZO/ A. GULLÓN, Vol. IV, tomo 1, undécima ed., tecnos, 2012, pp. 176-177 y pp. 180-182. Senés, pp. 202 y 203.

<sup>83</sup> *Vid.* C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 208.

75. En el caso de ser España el Estado de ejecución tal cobro no estaría previsto, así lo ha comunicado a la Comisión en atención al art. 50.1. i). La explicación de por qué en el ordenamiento español tales comisiones a favor del banco no están previstas es debido a que no se configuran como “gestiones” que el banco debe realizar para el acreedor o el deudor, sino que son gestiones que realiza para el juzgado que ordena trabar la medida. Los juzgados disponen de cuentas bancarias abiertas en entidades de crédito para que los embargos puedan llevarse a efecto. Los bancos cobran a los juzgados por los gastos que ocasionan tales gestiones<sup>84</sup>.

76. No obstante, no hay que olvidar que además de los gastos de gestión que pudiera cobrar el banco, el coste de la OERC va a depender en función del Estado miembro de ejecución, ya que las tasas judiciales van a variar de unos países a otros<sup>85</sup>. También hay otras cuestiones como si se ha solicitado información para averiguar las cuentas del deudor o si se ha recurrido, todo ello va a hacer que la OERC sea más costosa.

### E) La responsabilidad del banco

77. El art. 26 R. 655/2014 recoge que debe ser la Ley nacional del Estado miembro de ejecución la Ley aplicable a la responsabilidad que pudiera surgir respecto a las actuaciones del banco. Esta responsabilidad extracontractual podría surgir respecto del deudor, el acreedor pero también en relación a la autoridad que dicta la orden y la autoridad que la ejecuta cuando se traten de autoridades diferentes. Algún autor ha considerado que la inclusión de una norma de conflicto para especificar la Ley aplicable a la responsabilidad del banco es innecesaria debido a que ya existe para ello el Reglamento Roma II<sup>86</sup>. El art. 4 de la citada norma precisa que la Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual es la Ley del lugar donde se ha producido el daño. Con carácter general, dicho daño se causará donde el acreedor tenga su residencia habitual. Este lugar no tiene por qué coincidir con el lugar donde se encuentran las cuentas corrientes objeto de retención. Así, cabe plantearse qué norma de conflicto debe ser de aplicación para determinar la responsabilidad del banco, si la del lugar donde se ha producido el daño o la norma del Estado de ejecución. Y por tanto, pudiera suceder que el Estado de ejecución no fuera el lugar donde se causa el daño. A nuestro entender debería aplicarse el Reglamento sobre la OERC debido a que es la norma de aplicación a la medida cautelar sobre la cual se deriva la posible responsabilidad del banco. Si te encuentras en el microcosmos que establece el R.655/2014, te encuentras a todos los efectos.

78. Por último, en el caso de que el banco resultara condenado al pago de una indemnización a alguna de las “partes”, tal cuantía no puede extraerse de la caución que prestó el acreedor<sup>87</sup>. La caución que se exige al acreedor es para asumir la responsabilidad de sus propias actuaciones, *ad ex.*, daños derivados en el patrimonio del deudor debido a que no solicitó la liberación de las cantidades retenidas en exceso, pero no la del banco por no haber sido diligente en sus actuaciones.

## 4. Actuaciones de la autoridad de ejecución

79. El juzgado de primera instancia del lugar en el que se encuentre la cuenta bancaria objeto de retención es el que debe ejecutar la OERC en el caso de España. Dicho juzgado debe transmitir al banco la orden como ya se ha estudiado, pero también debe determinar las cantidades que deben quedar exentas de retención, resolver la solicitud del acreedor de liberar los fondos retenidos en exceso, la consideración de si procede la transferencia de fondos al acreedor para el pago de la deuda, además puede

<sup>84</sup> Para un mayor detalle sobre la adjudicación de un contrato de apertura de una cuenta bancaria a favor de un juzgado puede consultarse el Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores (BOE núm. 113 de 12 de Mayo de 2006).

<sup>85</sup> Sobre el coste de la OERC *vid* E. LEW, “Speedy cross-border...”, p. 700.

<sup>86</sup> *Vid*. R. MIQUEL SALA, “La futura orden...”, p. 230.

<sup>87</sup> Commission Staff Working Document, - Annex to the Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts {COM(2006) 618 final} SEC/ 2006/1341, p. 16.

también resolver como se analizará en la última parte del presente trabajo los recursos interpuestos contra la ejecución de la OERC (arts. 34,35 y 39 R. 655/2014).

**80.** Respecto a *la solicitud del acreedor de liberar cantidades retenidas en exceso* decir que el art. 27 R.655/2014 lo configura como una obligación que tiene el acreedor. La falta de cumplimiento de esta obligación podría derivar en responsabilidad por daños y perjuicios causados al deudor. De hecho el art. 13.2 b) R. 655/2014 señala que se presume culpa del acreedor “si no ha liberado los importes retenidos en exceso conforme al art. 27”. Por lo tanto, el acreedor debe estar atento y preocuparse de si las cantidades retenidas exceden de lo indicado en la OERC.

El Reglamento contempla únicamente dos supuestos en los que el acreedor tiene la obligación de instar a la autoridad de ejecución (art. 27.1 R. 655/2014). Éstos serían los siguientes: 1) cuando la orden afecte a varias cuentas en el mismo Estado o en Estados diferentes; 2) cuando la orden se haya dictado con posterioridad a la ejecución de una o varias órdenes nacionales equivalentes contra el mismo deudor para asegurar la misma deuda.

La exigencia que recae sobre el acreedor es no sólo la comunicación a la autoridad de ejecución de la procedencia de la liberación sino todas las actuaciones o medidas oportunas para que la liberación se realice. Para que el acreedor no tenga dudas al respecto, el Reglamento le señala el *iter* a seguir. Así, debe en un plazo que no supere el tercer día hábil siguiente al día de recepción de “la declaración sobre la retención de fondos” expedida por el banco remitir al órgano competente el formulario recogido en el anexo V del Reglamento de ejecución 2016/1823. Una vez recibida la solicitud de liberación por la autoridad de ejecución, en el caso español, por el Juez de Primera Instancia en el que se encuentre la cuenta bancaria objeto de retención, debe ordenar al banco la liberación de los fondos (art. 27.2 R. 655/2014). En el caso de que hayan sido varias las cuentas afectadas, el orden de liberación de fondos debe ser inverso al indicado en el art. 24.7 R. 655/2014. Van a quedar liberadas con anterioridad los fondos de las cuentas cuyo orden de prelación es el último, *ad ex.*, las cuentas corrientes conjuntas.

El Reglamento permite también en aras de proteger los derechos del deudor que la propia autoridad de ejecución consciente de que sea ha retenido una cuantía excesiva inste la liberación de fondos de oficio siempre que su Derecho lo permita (art. 27.3 R. 655/2014). No obstante, esta facultad no exonera al acreedor de su obligación.

**81.** En relación a *la transferencia de los fondos al acreedor para el pago de la deuda* el Reglamento permite tal posibilidad siempre y cuando se adecúe al Derecho nacional del Estado de ejecución. Es decir, el deudor puede solicitar a la autoridad de ejecución que libere fondos y los transfiera al acreedor con el objetivo de pagar la deuda. Sin embargo, tal posibilidad no la configura el art. 24.3 R. 655/2014 sin condiciones. En particular, para que dicha transferencia pudiera tener lugar es necesario:

- 1) La autorización debe constar de forma expresa en la orden. Así se prevé en el art. 19.2.j R. 655/2014. Si la autoridad de ejecución no autoriza el traspaso de fondos a la cuenta indicada por el acreedor en su solicitud, tal transferencia no puede efectuarse.
- 2) La liberación y transferencia de fondos a favor del acreedor debe permitirse en el Derecho nacional del Estado de ejecución. La *lex fori* del país de ejecución es la que da luz verde a tal posibilidad. El Reglamento, como muchas de las cuestiones que hemos analizado, quiere evitar que haya demasiadas diferencias entre una orden nacional de retención y la OERC<sup>88</sup>. La razón es que este paralelismo entre medidas permite que su aplicación sea mucho más sencilla para las autoridades nacionales, permitiendo que el cobro de la deuda transfronteriza se facilite.
- 3) La no concurrencia de distintas órdenes. La existencia de más de una orden sobre una misma cuenta impide tal transferencia. El motivo sobre el que descansa esta prohibición es que evitar que se lesione el orden de prelación entre medidas nacionales y la OERC que pudieran existir sobre la misma cuenta.

<sup>88</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 210.

En el caso del ordenamiento español decir que en atención al art. 634.1-2º LEC es el secretario judicial el encargado de entregar directamente al ejecutante la cuantía objeto de embargo. En ningún caso le correspondería al banco tal función, por lo que la posibilidad que recoge el art. 24.3 no tendría cabida conforme al Derecho procesal español.

## 5. Notificación al deudor

### A) Momento procesal de la notificación

82. El régimen de notificación al deudor de una OERC se encuentra en Capítulo 3, capítulo diferente de donde se encontraba lo relativo a la notificación al acreedor. La justificación es que al deudor no se le notifica hasta que la OERC no se vaya a ejecutar por el banco. Es decir, es una vez que el banco haya emitido “la declaración sobre la retención de los fondos”. La razón de ser de este momento procesal elegido para notificación del deudor es fácil de intuir. Es una forma de garantizar la eficacia de la orden, ya que la falta de notificación impide al deudor prepararse de antemano para la medida. Lo más habitual será que el deudor conozca la existencia de la orden por el banco que va a ejecutar la misma antes de que la propia administración le notifique. Esto es debido a que la entidad puede comunicar la orden al deudor, caso que hará de forma general (art. 25.4 R. 655/2014).

### B) Aspectos a notificar y órgano responsable de hacerlo

83. En atención a lo dispuesto por los arts. 28.1 y 5 y 25, al deudor se le deben notificar los siguientes documentos: 1) la solicitud de orden más los documentos que la acompañan; 2) El formulario de orden completo recogido en el Anexo II emitido por el órgano encargado de estimar la orden; 3) La declaración sobre la retención de fondos emitida por el banco; 4) Las traducciones y transcripciones necesarias (art. 49.1 R. 655/2014); 5) Otros documentos en los que la autoridad competente haya basado su resolución y que presenten alguna utilidad para la defensa del deudor (considerando 31).

84. En cuanto al órgano encargado de la notificación al deudor señalar que puede ser bien el mismo que ha dictado la orden o el acreedor. Aquí dependerá de lo que establezca la *Lex fori* del Estado de origen (art. 28. 2 y 3 R. 655/2014). En el caso de que sea España tal función recaerá en el procurador (arts. 152 LEC), y si no fuera necesario en el proceso en concreto la figura del procurador, la Administración de Justicia se la remitirá a su domicilio (155.1 LEC).

### C) Procedimiento de notificación en función del domicilio del deudor

85. Aunque lo sostenido con anterioridad podría decirse que es el régimen general sobre la notificación al deudor, es necesario también diferenciar tal y como hace el Reglamento el procedimiento de notificación a seguir en función de dónde se encuentre el domicilio del deudor. Así se puede distinguir:

- i) *Notificación al deudor que se encuentra domiciliado en el Estado miembro de origen.* En este caso la notificación debe ajustarse a las normas nacionales del Estado miembro de origen. El art. 28.2 R. 655/2014 recoge que el plazo para notificar al deudor. La notificación deberá realizarse antes de que finalice el tercer día hábil siguiente al día de recepción de la declaración sobre la retención de la cuenta o cuentas bancarias a retener. En particular, este supuesto puede darse cuando el deudor es un consumidor ajeno a toda actividad profesional. En ese caso, siguiendo el art. 6.2 R.655/2014, la autoridad competente para dictar la orden puede ser únicamente el órgano jurisdiccional correspondiente al domicilio del deudor-consumidor. Aquí el elemento transfronterizo vendrá determinado por el domicilio del acreedor, el cual no coincidirá en el mismo Estado miembro que el del deudor.
- ii) *Notificación al deudor que se encuentra domiciliado en un Estado miembro diferente al Estado miembro de origen.* Siguiendo el art. 28. 3 R. 655/2014, en este supuesto, el Estado

miembro de origen debe transmitir a la autoridad competente correspondiente con el domicilio del deudor todos los documentos necesarios para que pueda efectuar la notificación. Es decir, es la autoridad competente al respecto del Estado miembro donde se encuentre domiciliado el deudor la encargada de efectuar la notificación. La transmisión de documentos del órgano que dicta la orden al órgano que notifica debe realizarse conforme al art. 29.1 R. 655/2014, no pudiendo superar el plazo de 3 días hábiles desde la declaración de la retención de fondos emitida por la entidad bancaria.

Una vez llegue la información a notificar a la autoridad competente del Estado del domicilio del deudor, se le notificará a éste conforme a las normas procesales de dicho Estado. Respecto al plazo con el que cuenta dicha autoridad para notificar no se especifica nada en el Reglamento. Únicamente señala que deberá realizarse “sin demora”. El R. 655/2014 no hace mención alguna al Reglamento 1393/2007, por lo que puede entenderse que no sería de aplicación.

El art. 28.3 R. 655/2014 recoge también el supuesto de que coincida que el Estado del domicilio del deudor sea el único Estado donde pueda ser ejecutada la orden. En ese caso, la autoridad del Estado de origen encargada de transmitir los documentos lo hará en un único acto. Así, remitirá tanto los documentos exigidos para la notificación al deudor (art. 28.1) como aquellos necesarios para la posterior ejecución. El art. 23.3 R. 655/2015 exige que sean la parte A del formulario de la orden y un formulario normalizado en blanco para la declaración sobre la retención de cuentas que debe emitir el banco. Este planteamiento del Reglamento es prueba del procedimiento eficiente que pretende instaurar, con una única actuación el Estado de origen se ahorraría tiempo y costes.

iii) *Notificación al deudor domiciliado en un tercer Estado.* La notificación del deudor domiciliado en un tercer Estado se realizará siguiendo el art. 28.4 R. 655/2014 conforme a las normas sobre notificación internacional aplicables en el Estado miembro de origen. En el caso de ser el ordenamiento español el Estado que dictara la OERC se debería tener en cuenta el Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial<sup>89</sup>.

**86.** Por último señalar que la autoridad competente de informar al deudor debe también informar del resultado de la notificación al órgano jurisdiccional que dictó la orden o al acreedor dependiendo de quién se encargara de transmitir los documentos (art. 28.3 R. 655/2014).

#### **D) La orden que afecta a más de un banco**

**87.** Hay ocasiones en las que la medida cautelar afecta a los fondos depositados en más de una cuenta bancaria. En este caso, todas las entidades están obligadas a emitir la declaración sobre la retención de fondos. Sin embargo, a efectos de notificación al deudor sólo la primera declaración es la relevante (art. 28.6 R.655/2015). Esto no obsta para que el resto de declaraciones también se notifiquen pero están excluidas del art. 28 pudiendo seguir un procedimiento de notificación distinto conforme al Derecho procesal del Estado miembro de origen<sup>90</sup>. Aquí es donde podría entrar en escena *el Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (“notificación y traslado de documentos”)* y por el que se deroga el Reglamento CE 1348/2000 del Consejo<sup>91</sup>.

**88.** La razón de que sea la primera declaración la que cuente a efectos de notificación para el deudor es por el carácter ágil del procedimiento. Cuanto antes se pueda notificar al deudor, mejor, ya

<sup>89</sup> BOE nº 203, de 25 de agosto de 1987. Sobre este Convenio *vid* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 901-906.

<sup>90</sup> *Vid.* C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 154.

<sup>91</sup> DOUE L 324/79 de 10 de diciembre de 2007.

que antes podrá emprender las acciones de impugnaciones que considere oportunas. Por eso, con el fin de que el deudor pueda emprender tales acciones, la falta de notificación o incumplimiento en los documentos notificados como posteriormente se estudiará, es un motivo de revocación de la OERC o de declaración de ineficacia [arts. 33.1. b) y c) y art. 34.1.b).iv) R.655/2014].

## VII. Recursos contra la orden europea de retención de cuentas

### 1. Panorama general

89. La configuración de esta parte del Reglamento era necesaria para cubrir las garantías del deudor. Tal y como se configura la OERC –inaudita parte, proceso rápido, etc.– era necesario darle al deudor la oportunidad de aparecer en el procedimiento y hacer valer su desacuerdo frente la orden o su ejecución. Así, muestra de las garantías de las que dispone el deudor, se puede observar un capítulo amplio donde las vías de las que dispone el deudor para hacer valer su oposición son más amplias y variadas que las estrictamente de un recurso. Por lo tanto, podríamos decir que este capítulo es técnicamente erróneo<sup>92</sup>. A nuestro entender el Reglamento ha pretendido aglutinar a modo de cajón de sastre todas las opciones legales con las que puede contar especialmente el deudor (el acreedor en menor medida) ante la orden y su ejecución con independencia de que las mismas sobrepasen lo que en puridad es un recurso.

### 2. Los recursos disponibles para el deudor

#### A) Introducción

90. El objeto de este apartado será el análisis de los arts. 33 y 34 del R. 655/2014. El art. 33 recoge los motivos en base a los cuales el deudor puede fundamentar su oposición a la OERC. Además, también puede hacer valer otras cuestiones que aún no siendo consideradas una razón para sustentar la impugnación pueden modificar la orden, *ad ex.*, la caución. Por su parte, el art. 34 R. 655/2014 recoge las causas en las que puede sustentar la improcedencia de la ejecución de la orden.

#### B) Opciones para combatir la orden (art. 33 R. 655/2015)

91. El deudor, una vez que conoce la existencia de una OERC, puede acudir al *Estado miembro de origen* para impugnar la orden. Los *motivos* tasados en los que puede basar su razonamiento son los siguientes:

- 1º) *No concurrencia de las condiciones o requisitos establecidos en el Reglamento para estimar la procedencia de la orden.* El deudor puede impugnar la OERC cuando ésta se ha estimado a pesar de la falta de algún presupuesto procesal o material. La realidad es que este motivo podría englobar cualquier otro cuya ausencia no justificara la concesión de la OERC, *ad ex.*, falta de requisitos formales de la solicitud, la ausencia de documentos, el fallo de alguno de los ámbitos de aplicación de aplicación del Reglamento, la errónea apreciación de carácter transfronterizo, entre otros<sup>93</sup>.
- 2º) *No notificación de la orden al deudor.* La falta de notificación “completa” o en el plazo indicado por el art. 33.1 R. 655/2014 son un motivo en base al cual el deudor puede sustentar su recurso. La falta de notificación “completa” significa que o bien algunas de las partes que componen el formulario (parte A y parte B), o la declaración que debe emitir el banco, o la solicitud de OERC junto con todos los documentos que la acompañan no se han notificado

<sup>92</sup> Vid. en este sentido, C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 220.

<sup>93</sup> Vid. E. D’ALESSANDRO, “I mezzi di ricorso e la protezione dei terzi”, en FRANZINA/A. LEANDRO, *Il sequestro europeo di contibancari. Regolamento (UE) n. 655/2014 de 15 maggio 2014*, Giuffrèeditore, Milán, 2015 p. 90.

al deudor. La ausencia de algunos de estos documentos no permite que el deudor pueda conocer el porqué de la estimación de la orden. Sin embargo, puede ocurrir que todos los documentos citados con anterioridad requeridos por el art. 28.1 y 5 R. 655/2014 hayan sido notificados pero no en el plazo correcto. El art. 33 considera que dicha falta de notificación en plazo tiene lugar cuando supera los 14 días desde que se practicó la retención. Dicho plazo de estimación de recurso no se corresponde con el tiempo real de notificación con el que cuentan las autoridades involucradas. El mismo se ha ampliado de forma deliberada para evitar que se puedan presentar recursos por falta de notificación consecuencia de las propias vicisitudes que acompañan a la vía elegida para la notificación (la cual no tiene por qué coincidir entre Estados miembros). No es igual de rápida la vía electrónica que la postal o también influye desde cuándo se considera realizada la comunicación.

No obstante, este motivo puede ser subsanado por el acreedor conforme a lo dispuesto en el art. 33.3 R. 655/2014. El Reglamento señala dos supuestos en los que se entendería subsanado el motivo aunque permite que se realice por otros medios, por lo que existe flexibilidad al respecto. Así, si el acreedor solicita al órgano encargado de la notificación que se notifiquen los documentos que faltan al deudor o si transmite al órgano correspondiente del Estado de origen las traducciones cuando es el responsable de facilitarlas se daría por subsanado. El acreedor y el deudor deben actuar de forma activa. Por su parte, el acreedor (aunque no haya sido su error la notificación incompleta) debe bien instar al órgano competente a que notifique o facilitar los documentos. Su actuación dependerá de si el deudor ha indicado en su escrito de impugnación la dirección en la que deben ser enviados los documentos o si se ha comprometido a recogerlos en la sede del órgano jurisdiccional correspondiente (art. 33.5). Es decir, que la subsanación requiere que ambas partes se involucren<sup>94</sup>. La actuación del acreedor no es *sine die* está sometida al plazo de 14 días a partir de la fecha en la que se haya informado al acreedor de la solicitud de impugnación por parte del deudor. Además al acreedor se le exige todavía algo más en el caso de ser el encargado de notificar al deudor. En ese supuesto, para que quede subsanado este motivo debe probar que adoptó todas las medidas para efectuar la notificación.

3º) *No traducción de los documentos objeto de notificación.* El art. 49.1 R. 655/2014 exige la traducción o transcripción de la solicitud de orden y del formulario de concesión en sus partes A y B en la lengua oficial o en el caso de existir más de una en alguna de las oficiales para notificar al demandado. También podría estimarse este motivo cuando no se notifica al deudor la traducción de algún documento que acompaña la solicitud de OERC si el órgano jurisdiccional considera necesario para el ejercicio de sus derechos. Incluso mediante una interpretación extensiva del art. 41.3 R. 655/2014, una traducción plagada de errores, realizada por persona no cualificada, que ponga el riesgo la posibilidad al deudor de conocer el contenido de lo que se le notifica podría también tener cabida dentro de este motivo. Para hacer valer este motivo el deudor debería probar el desconocimiento del idioma original de la orden y la confusión que origina la traducción realizada que llega hasta el punto de no poder conocer con exactitud el contenido de la orden.

Aún así conviene no olvidar que este motivo de impugnación puede ser subsanado conforme a lo dispuesto en el art. 33.4 R. 655/2014. Al acreedor se le da la oportunidad de facilitar las traducciones al deudor en un plazo de 14 días desde que se le haya informado de la impugnación del deudor.

4º) *No liberación de las cantidades retenidas en exceso.* El motivo de impugnación se basa en la retención de una cuantía superior a la establecida en la orden. La valoración de la actuación del acreedor en cuanto a su deber de instar a la solicitud de liberación de fondos no se tiene cuenta para la estimación del recurso, debido a que el motivo del recurso es un criterio

---

<sup>94</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 230.

objetivo: la no liberación de las cantidades retenidas en exceso<sup>95</sup>. No obstante, aunque la actuación del acreedor no se tenga en cuenta para la estimación del recurso no quiere decir que la misma esté exenta de responsabilidad por los daños que se hayan podido derivar por no cumplir con dicha obligación.

- 5º) *Pago total o parcial de la deuda*. Si el deudor ha saldado total o parcialmente la deuda, la orden como medida para garantizarla carece de sentido por lo que es lógico revocarla o adaptar la cuantía objeto de retención a una parte proporcional a la deuda que todavía queda pendiente.
- 6º) *No estimación del Derecho de crédito que se sustentaba frente al deudor*. La redacción del texto en versión español causa ciertas dudas. Lo mismo sucede con la versión inglesa al añadir “ejecución” o “enforcement”. Esto es así porque da la sensación en una primera lectura que se refiere a la resolución judicial que se puede derivar al instar la ejecución de la deuda. Sin embargo, nada más lejos. Si se consultan otras versiones como la francesa o la italiana, el término “ejecución” desaparece y la cuestión se esclarece. El motivo del art. 33 en su letra f por el que el deudor puede avalar su recurso es la desestimación del derecho de crédito que el acreedor pretendía ostentar frente al deudor. La existencia del derecho de crédito para trabar la orden es “aparente” a falta de resolución judicial que lo confirme. Si el acreedor no puede probarlo de forma suficiente, el juez no resolverá a su favor. El hecho de que se pueda solicitar la orden en el transcurso de un procedimiento en el que se dirime el derecho de crédito permite la existencia de este motivo de impugnación a favor del deudor.
- 7º) *La anulación de la resolución judicial o equivalente que reconoce la deuda*. En este caso nos encontraríamos en un momento procesal posterior al motivo recogido en el art. 33.1 letra f R. 655/2014. Es decir, ya existe una resolución judicial sobre el fondo del asunto, lo que sucede es que los efectos de la misma se suspenden o se anulan. El deudor puede solicitar la revocación de la OERC cuando la resolución judicial que reconocía el crédito a favor del acreedor se suspende o anula<sup>96</sup>.

**92.** El art. 33.2 R. 655/2014 recoge la posibilidad de reexaminar la decisión sobre la caución que en su momento estimó el órgano encargado de dictar la OERC. Es decir, a pesar de que la exigencia de caución al acreedor no es una *conditio sine qua non* para adoptar la orden ni tampoco se contempla como uno de los motivos tasados del art. 33.1 R. 655/2014, sí que es cierto que esta posibilidad de reexamen que puede exigir el deudor no deja de ser un motivo de impugnación encubierto o implícito. Esto es así porque dicho reexamen permite que la decisión previa sobre la caución se pueda cambiar por la autoridad competente dando lugar a que si el acreedor no cumple con las nuevas exigencias se revoque o modifique la orden en su perjuicio.

### C) Opciones para combatir la ejecución de la orden (art. 34 R. 655/2014)

**93.** La autoridad responsable del Estado miembro de ejecución es ante la que el deudor puede plantear los motivos para poder limitar o dejar sin efecto la ejecución de la orden. La naturaleza de dicha autoridad competente puede ser jurisdiccional o administrativa, esto dependerá de lo dispuesto por los Estados de ejecución<sup>97</sup>. En la mayoría de los ordenamientos será una autoridad judicial la competente. En el caso de España será el Juzgado de Primera Instancia que hubiera ejecutado la orden.

**94.** Los motivos en los que se puede sustentar el recurso para paralizar la ejecución de la OERC son tasados tal y como sucedía con los que se puede utilizar para combatir la orden. Así, es posible distinguir dos bloques de motivos:

<sup>95</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 225.

<sup>96</sup> Sobre la revocación de la orden debido a la suspensión de la eficacia del título que reconoce el derecho de crédito *vid.* para un mayor detalle C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 228.

<sup>97</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 232.



**95. Bloque 1: motivo cuyo fin es limitar la eficacia de la orden [art. 34.1.a) R. 655/2014].** El deudor podrá hacer valer este motivo cuando se hayan retenido cantidades indebidas. Dicha retención indebida es consecuencia de que se han retenido cantidades que están exentas de retención conforme al Derecho nacional del Estado de ejecución. Los supuestos podrían ser dos: 1) Se han tenido en consideración las cuantías exentas de retención pero aún así hay un error en la cuantificación, lo que hace que el deudor disponga de una cuantía menor sobre sus fondos de la que debiera; 2) No se han tenido en consideración las cantidades exentas. El resultado de la estimación de este motivo es que el deudor va a poder disponer de todos sus fondos o de una parte de los mismos. La liberación total o parcial de aquéllos dependerá de dónde se enmarque el caso concreto, si en el supuesto 1 o en el 2.

No hay que olvidar que este motivo de impugnación de la ejecución podría ser estimado en un Estado de ejecución pero no en otro donde también deba ejecutarse la OERC. Esto es así debido a que las reglas sobre qué cantidades deben quedar exentas están sometidas al Derecho nacional del Estado de ejecución.

**96. Bloque 2: motivos cuyo fin es que la orden quede sin efecto [art. 34.1.b) y art. 34.2 R. 655/2014].** En este apartado hemos recogido de forma conjunta los motivos de la letra b del art. 34.1 y el motivo de impugnación del art. 34.2. La razón es que el fin de ambos es el mismo: paralizar los efectos de la orden en el Estado de ejecución. Sin embargo, aunque persiguen el mismo objetivo, la exposición va a ser separada para respetar esa autonomía que el Reglamento quiere otorgar al motivo de impugnación recogido en el art. 34.2 R. 655/2014 basado en la vulneración del Orden Público Internacional del Estado de ejecución.

**97.** En relación a los motivos que señala el art. 34.1.b) destacar la siguiente lista *numerus clausus*:

- i) *Motivo 1 basado en la retención sobre cuenta excluida conforme al art. 2.3 y 2.4 R. 655/2014.* Este motivo es consecuencia de que el ámbito de aplicación material del Reglamento no se ha aplicado correctamente bien por el banco o bien por la autoridad que dictó la OERC. Esto es debido a que se han trabado fondos en cuentas que gozaban de inmunidad frente al embargo, o cuentas destinadas a las operaciones relacionadas con instrumentos financieros, o se trataba de cuentas de los bancos centrales o las mantenidas por las entidades bancarias en ellos.
- ii) *Motivo 2 basado en la denegación de la ejecución de la resolución que estima el Derecho de crédito.* Una resolución judicial de la misma forma que un documento público pueden traspasar fronteras. Es decir, ser completamente válidos y por tanto desplegar efectos en un Estado distinto de donde han sido dictados. Entre los efectos que se pueden desplegar está el de ejecución. Así, una sentencia de condena de cantidad dictada en Alemania puede ser ejecutada en España en atención a las normas de derecho internacional privado españolas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Por seguir con el ejemplo de la sentencia alemana, la norma a utilizar para desarrollar la ejecución de dicha sentencia en el ordenamiento español sería el conocido RBI-bis. Este Reglamento aunque elimina el *exequatur* no permite que la ejecución esté exenta de ciertas condiciones. Una de ellas es que no exista ningún motivo de rechazo de la ejecución de los previstos en el art. 45 RBI-bis<sup>98</sup>. De hecho, en su art. 46 el RBI-bis recoge que la ejecución de una resolución puede ser denegada a petición de la persona contra la que se insta la ejecución por cualquiera de los motivos del citado art. 45 RBI-bis. Por lo tanto, el deudor se va a poder oponer a la ejecución de una OERC cuando la ejecución de una resolución en la que se reconoce la deuda ha sido dene-

<sup>98</sup> Los motivos tasados por los que se puede denegar la ejecución de una resolución en atención al RBI-bis son: 1) Vulneración del Orden Público Internacional del Estado miembro requerido (o Estado de ejecución por seguir con la terminología del R.655/2014); 2) La resolución se ha dictado en rebeldía sin notificar al demandado en tiempo y forma lo que le ha impedido defenderse en el Estado de origen; 3) La resolución es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado requerido; 4) La resolución es inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un tercer Estado que afecta a las mismas partes sobre un asunto con mismo objeto y misma causa, siempre que ésta última reúna las condiciones para ser reconocida en el Estado requerido.

- gada en el Estado de ejecución. Así, sucedido esto, no tiene ningún sentido que exista una medida cautelar sobre una ejecución que no va a tener lugar. La solución para el acreedor será solicitar la ejecución de dicha resolución bien en el Estado de origen o en otro Estado.
- iii) *Motivo 3 basado en la pérdida de fuerza ejecutiva en el Estado de origen de la resolución judicial.* En este caso, el deudor puede hacer valer que la sentencia del Estado de origen en la cual se reconoce el Derecho de crédito del acreedor no puede ser ejecutada. Esto es así debido el deudor la ha recurrido y ha ganado los recursos pertinentes, convirtiéndose, por tanto en una sentencia firme. En ese caso, el acreedor no cuenta ya con ninguna resolución en la que se reconozca su derecho de crédito, puede que fuera a su favor en algún momento pero era definitiva, no firme. El motivo de este recurso no descansa en la denegación de la ejecución como se expuso en el motivo 3 sino en que el deudor cuenta con una sentencia firme en el Estado de origen en la que se no se reconoce que deba ninguna cantidad a la persona que decía ostentar un derecho de crédito.
- iv) *Motivo 4 basado en cualquiera de los motivos recogidos en el art. 33.1 letras b, c, d, e, f o g R. 655/2014.* Este motivo basado en los recogidos en el art. 33.1 R. 655/2014 permite al deudor sustentar un recurso en el Estado de ejecución sobre las mismas causas que le permiten ostentarlo en el Estado de origen. El objetivo podría ser facilitar al deudor su defensa ante el bloqueo de sus cuentas<sup>99</sup>. El deudor generalmente va a estar domiciliado en el Estado de ejecución de la orden y éste Estado no tiene por qué coincidir con el de emisión de la misma, si se le permite al deudor recurrir la orden por dichos motivos del art. 33 R.655/2014 se ahorra desplazarse al Estado de origen de la orden. El único motivo del recurso por el que deberá acudir al Estado de origen es en el caso de que quiera impugnar la orden porque a su parecer se ha dictado a pesar de que faltaban presupuestos o condiciones necesarias para su emisión [art. 33.1. a) R. 655/2014]. Como consecuencia del principio europeo que prohíbe la revisión de fondo basado en el principio de mutua confianza entre Estados miembros, el Estado de destino o ejecución de una resolución no puede revisar cuestiones de fondo. En ese aspecto las sentencias dictadas en otros Estados es como si hubieran sido dictadas en el que se pretende reconocer y/o ejecutar. Se confía en el buen hacer del juez del Estado de origen.

**98.** Respecto al motivo del art. 34.2 R. 655/2014 sobre la vulneración del Orden Público Internacional del Estado de ejecución decir que el deudor puede impugnar la ejecución de la OERC cuando considere que la misma vulnera el Orden Público Internacional del Estado de ejecución. Esto *ad ex.* sucedería cuando se retiene una cuenta y parte de la misma son intereses desmesurados, pudiendo ser considerados leoninos por el Derecho del Estado de ejecución aunque no así por el Estado que dictó la orden.

La OERC es un instrumento para facilitar la ejecución de sentencias entre Estados miembros de la UE, por lo tanto, se ha ideado con el fin de estar al servicio y guardar sintonía con lo dispuesto por el norma estrella para que las sentencias civiles y mercantiles desplieguen efectos entre Estados miembros, el ya nombrado RBI-bis. De ahí que no sea de extrañar que el motivo de orden público recogido en el R.655/2014 coincida con el primer motivo de rechazo común al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones que señala el art. 45 del RBI-bis. Por lo tanto, para estudiar cómo debe ser entendido y aplicado este principio de Orden Público Internacional para admitir un recurso que dejaría sin efecto la ejecución de una OERC se debe atender a lo dispuesto por el TJUE en relación al RBI-bis y a sus antecesores (el Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento 44/2001). Así, por tanto, en este sentido decir que para aceptar este motivo de recurso contra la OERC. El juez debe entender que el resultado que provoca la ejecución de la medida cautelar no se puede aceptar por el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución<sup>100</sup>. Qué debe entenderse por orden público es determinado por los Estados miembros con-

<sup>99</sup> *Vid.* en el mismo sentido, C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, pp. 233-234 y 239.

<sup>100</sup> STJCE de 28 de marzo de 2000, *Krombach.*, C-7/98, *Rec.* 2000, p. 01935, apartado 37; STJCE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, *Rec.* 2009, p. I-03571, apartado 54; STJUE de 23 de octubre de 2014, *Lithuanian Airlines*, C-302/12, ECLI:EU:C:2014:2319, apartado 46; Sobre el orden público como motivo de rechazo del reconocimiento y de la ejecución *vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado...*, pp. 673-681.

forme a sus concepciones nacionales<sup>101</sup>. Cada Estado tiene sus propios principios y valores, diferentes muchas veces entre sí, de ahí cada uno tenga parámetros diferentes para considerar qué lesiona su orden público internacional.

Una cuestión que debe aclararse es que el hecho de que se estime el recurso interpuesto por el deudor en base a este motivo, no obsta para que posteriormente la resolución en la que se reconoce el derecho del acreedor pueda ser ejecutada<sup>102</sup>. Son cuestiones independientes.

### 3. Recursos comunes a utilizar por el deudor y por el acreedor (art. 35 R. 655/2014)

**99.** Los recursos de los que disponen el deudor y el acreedor mediante esta vía están configurados para supuestos basados en situaciones que no obedecen a motivos tasados. Este artículo no se concibe como residual, donde incluir cualquier motivo que no pudiera ser subsumido en los arts. 33 y 34<sup>103</sup>. Es más bien, una opción extra con la que cuentan las partes para que lo dispuesto en la OERC ante determinados escenarios que pudieran tener lugar se adapte. De este modo es posible diferenciar tres causas de impugnación diferentes: 1) El cambio de las circunstancias por las que se dictó la OERC; 2) El saldo de la deuda; 3) La adaptación de la cuantía objeto de retención debido a la aplicación de exenciones en un Estado diferente al que se solicita.

**100.** Respecto al cambio de circunstancias por las cuales se dictó la orden señalar que es un motivo lógico ante el devenir de la propia existencia. Las circunstancias en las que se dictó la OERC puede que hayan cambiado por lo que adaptar la medida cautelar al cambio o cambios acaecidos es correcto para que la medida cumpla su función: asegurar el cobro de una deuda transfronteriza. De hecho esta adaptación no es una novedad del R. 655/2014, los derechos procesales de los Estados miembros también contemplan la revisión de las medidas cautelares<sup>104</sup>. Como es lógico este cambio en las circunstancias puede afectar positiva o negativamente a las partes implicadas, ya que podría conllevar actuaciones como la de modificar la medida aumentando o reduciendo la cuantía de la retención, revocarla o incluso estimarla en el caso de que no se haya hecho debido a que fallaban alguno de los presupuestos necesarios (considerando 22).

Un aspecto que sí resulta novedoso o al menos diferente con respecto al ordenamiento español es el que contempla el art. 35.2 R. 655/2014. La autoridad competente que haya dictado la orden podrá revocarla o modificarla de oficio, sin necesidad de que el acreedor o el deudor se lo hagan valer en atención a la alteración de las circunstancias. En el ordenamiento español es necesario que las partes insten a la modificación o a la revocación de la medida cautelar si las circunstancias por las que se dictó han cambiado (arts. 743-744 LEC)<sup>105</sup>.

Al órgano al que deben dirigirse las partes para que modifique o revoque la OERC es como no podía ser de otra forma al órgano jurisdiccional que la haya dictado (arts. 35.1 y 2 R. 655/2014).

Por último, señalar que no todas las circunstancias que cambien tienen cabida dentro de este motivo de impugnación. Sólo aquellas en las que se basa la emisión de la orden, básicamente aspectos que tengan que ver con el peligro o riesgo de la ejecución, la necesidad de urgencia y el derecho de crédito que sustenta el acreedor, ad ex., una sentencia sobre el fondo del asunto desestimando la deuda. Circunstancias tales como el carácter transfronterizo de la situación y que, por tanto, el tribunal que dictó la orden deje de ostentar la competencia judicial internacional es irrelevante a estos efectos, ya que reina el principio de *perpetuatio iurisdictionis*<sup>106</sup>. El momento temporal a tener en cuenta para apreciar estas circunstancias será siempre posterior a la presentación de la orden.

<sup>101</sup> STJUE de 23 de octubre de 2014, *Lithuanian Airlines*, C-302/12, ECLI:EU:C:2014:2319, apartado 47.

<sup>102</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 241.

<sup>103</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 242.

<sup>104</sup> En el ordenamiento español debería atenderse a lo dispuesto por el art. 743 LEC.

<sup>105</sup> Vid. V. MORENO CATENA/ VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 419; C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 243.

<sup>106</sup> Vid. C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 243.

**101.** Por otro lado, un segundo motivo que queda enmarcado dentro del art. 35.3 R. 655/2014 es el referente a la liquidación de la deuda. El deudor y el acreedor han podido llegar a un acuerdo para que el deudor pague lo que debe al acreedor. Esto hace innecesario que la medida se siga manteniendo. Así, ambos deben conjuntamente hacer saber bien al órgano que dictó la orden o bien al órgano jurisdiccional de cualquiera de los Estados de ejecución que han llegado a un acuerdo de liquidación de la deuda. El Reglamento no limita este “aviso” a la autoridad competente sólo al Estado de origen, sino que se puede realizar también en cualquiera (si es que hay varios) donde se ejecute la orden. Esta flexibilidad en el procedimiento facilita la actuación de las partes.

**102.** Para concluir, el tercer motivo está reservado en exclusiva al acreedor (art. 35.4 R. 655/2014). En este caso, el acreedor puede solicitar a la autoridad competente del Estado de ejecución que modifique la orden en aras de adaptarla a los cambios que hayan podido tener lugar por haberse aplicado la exención que corresponda conforme al art. 31 R. 655/2014. En otras palabras, si la orden va a ser ejecutada en varios Estados miembros y en uno de ellos la cuantía de retención se ha modificado debido a que se han tenido en cuenta cantidades que deberían quedar exentas por ser inembargables, el acreedor puede solicitar que la cuantía de la OERC se adapte en el resto de Estados miembros donde también se va a ejecutar. El Reglamento persigue con este tipo de actuaciones que la OERC sea lo más semejante posible entre los diferentes Estados que pueden ejecutarla. Aunque no es de extrañar que cierta discordancia acabe existiendo, no hay que olvidar que *ad ex.* en cuanto a las cantidades que se deben considerar exentas de embargo cada Estado de ejecución aplica sus normas internas.

#### 4. El procedimiento previsto en el Reglamento para los recursos

**103.** El Reglamento en su art. 36 recoge el procedimiento que deberían seguir las partes interesadas en interponer un recurso frente a la OERC. Según nuestro parecer seis serían los aspectos que no pueden pasar por desapercibidos a la hora de plantearse su interposición:

- 1) *Formulario de interposición.* Cualquier medio de comunicación, ya sea electrónico o postal, lo importante es que sea válido dicho medio conforme a las normas del Estado en el que se presente el recurso. El formulario de interposición es el recogido en el anexo VII del Reglamento de ejecución 2016/1823.
- 2) *No limitación temporal.* El recurso puede ser interpuesto sin necesidad de que las partes se ajusten a un plazo determinado.
- 3) *Asistencia de profesionales.* En este caso, a diferencia de lo que sucedía con la solicitud de la orden, la representación por abogado o procurador será necesaria si así lo contempla el Estado en el que se interpone el recurso (art. 41 R. 655/2014).
- 4) *Las alegaciones de las partes.* En atención al art. 36.3 R. 655/2014 el acreedor o el deudor tienen derecho a alegar lo que estimen oportuno cuando la otra parte interpone un recurso contra la OERC. El Reglamento sin establecer plazos concretos ni forma específica de interposición concede a las partes esta prerrogativa salvo que el recurso se refiera a los siguientes motivos: 1) la impugnación basada en que la autoridad encargada de la retención no ha tenido en cuenta las cantidades inembargables [art. 34.1.a) R. 655/2014]; 2) cuando deudor y acreedor han llegado a un acuerdo sobre la liquidación de la deuda (art. 35.3 R. 655/2014). En el primer caso, dar audiencia al acreedor sería inútil debido a que dichas cantidades exentas de embargo son normas imperativas del Estado de ejecución que deben aplicarse con independencia del parecer del acreedor. Y en relación al acuerdo sobre la liquidación de la deuda por ambas partes, más que un recurso sobre la OERC es una posibilidad que el Reglamento brinda y que las partes han utilizado de forma voluntaria, no tienen nada que alegar de forma unilateral al respecto.
- 5) *La resolución del recurso.* Por último, en cuanto a la resolución del recurso decir que hay un plazo de 21 días para resolver desde que el órgano competente de emitir la resolución recibe toda la documentación necesaria (art. 36.4 R.655/2014). El Reglamento de ejecución 2016/1823 no contempla ningún formulario específico para resolver el recurso. Por tanto,

la autoridad competente del Estado donde se ha interpuesto resolverá utilizando los cauces procesales que están previstos en su ley nacional. El formulario que sí está previsto es para la transmisión de la resolución sobre el recurso. Éste recogido en el Anexo VIII del citado Reglamento de ejecución es necesario cuando el recurso se ha interpuesto en el Estado de origen pero los efectos del recurso deben desplegarse en un Estado diferente. La resolución por la que se modifique o revoque la OERC tiene fuerza ejecutiva inmediata (art. 36.5 R. 655/2014).

- 6) *Recurso sobre el recurso*. Las partes en atención al art. 37 R. 655/2014 tienen derecho a recurrir la resolución dictada conforme a los arts. 33, 34 y 35. Cada Estado ha debido comunicar a la Comisión conforme al art. 50.1 m) R. 655/2014 el órgano competente y los plazos para recurrir. En el caso de España, el recurso puede interponerse ante el órgano que ha dictado dicha resolución. Si la resolución ha sido dictada por el Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil, el plazo para llevar a cabo dicho recurso será de 20 días y será competente para resolverlo la Audiencia Provincial. Sin embargo, si la resolución se ha dictado por un tribunal, el plazo de interposición será menor, 5 días y resolverá el mismo tribunal que dictó la estimación o desestimación del recurso sustentado en el art. 33,34 o 35. El plazo de interposición del recurso se inicia con la notificación de la resolución.

Un aspecto que no se ha dejado al arbitrio de los Estados miembros es la forma de interposición del recurso. El Reglamento de ejecución 2016/1823 recoge en su Anexo IX el formulario al efecto.

## 5. Los efectos del recurso

**104.** Un aspecto a tener en cuenta y que afecta de forma general contra la ejecución de orden son sus efectos. La ejecución de la OERC afecta exclusivamente al Estado de ejecución, por lo tanto, como ya vimos cada orden debe ejecutarse en su Estado concreto. Esto hace que en el caso de que el deudor entable un recurso frente a la ejecución los efectos sean exclusivamente territoriales. Es decir afecten al Estado de ejecución en el que se ha interpuesto el recurso. Así, en este sentido si una OERC ha sido dictada en España (Estado de origen) y las cuentas del deudor se encuentran en Holanda, Francia e Italia. La orden puede ser solicitada para que despliegue efectos en esos tres Estados. La orden dictada en España, como se ha estudiado, puede desplegar sus efectos en un país o países distintos al de su emisión sin necesidad de superar ningún procedimiento de reconocimiento ni *exequatur*. Sin embargo, después cada ejecución en cada Estado miembro está en buena medida sometida a la *lex fori*. Esto tiene una consecuencia y es que si el deudor quiere recurrir la ejecución de una OERC debe hacerlo país por país. La estimación de un recurso en un Estado miembro no va a desplegar efectos en otro país donde también se ejecuta la orden. La eficacia del recurso está constreñida al Estado de ejecución en el que se hace valer. No despliega efectos extraterritoriales No sucede lo mismo si el recurso es contra la orden en sí misma conforme a alguno de los motivos del art. 33 R. 655/2014. La revocación de la OERC o su modificación por la autoridad del Estado de origen va a desplegar efectos en el Estado o Estados de ejecución. En este caso, los efectos de la estimación del recurso sí van a traspasar fronteras.

## 6. La sustitución de la OERC por una garantía

**105.** El art. 38 R. 655/2014 recoge la posibilidad con la que cuenta el deudor de solicitar la liberación de los fondos a cambio de prestar una caución o garantía sustitutoria que se corresponda con el importe de la OERC. Esta prerrogativa con la que cuenta el deudor puede ejercitarla bien en el Estado de origen o bien en el Estado de ejecución. Este derecho descansa en la concepción de que el deudor debe garantizar la ejecución pero por el medio que menor trastorno o perjuicio le pueda ocasionar<sup>107</sup>.

**106.** Los efectos que se pueden derivar sobre la OERC ya adoptada pueden variar en función de si se solicita en el Estado de origen o en el Estado de ejecución. Así, si la caución o la garantía se

<sup>107</sup> Vid. V. MORENO CATENA/ VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil...*, pp. 422-423.

presenta por el deudor en el Estado de origen la cuantía de la misma debe ser igual al importe por el que se dictó la orden. Nunca inferior. La liberación de los fondos retenidos está supeditada a que el importe de la caución o garantía sustitutoria sea el mismo que el que pretende garantizar la orden europea. En el caso de que la presentación de caución o garantía se solicite en el Estado de ejecución, la cuantía de la caución o garantía debe corresponderse con los fondos retenidos por la orden en ese Estado concreto. Por tanto, puede suceder que dicho importe que se sustituye mediante garantía no se corresponda con la totalidad de la cuantía de la OERC. Esto sucede, *ad ex.*, cuando la orden se debe ejecutar en más de un Estado miembro, no hay un único Estado de ejecución. En este caso, la liberación de los fondos será parcial debido a que la garantía que se presta por el deudor para desbloquear los fondos es también correspondiéndose únicamente con la cuantía trabada en ese Estado concreto de ejecución.

**107.** Un aspecto que no conviene olvidar son los diferentes efectos extraterritoriales que tendrá la presentación de garantía en función de si se realiza en el Estado de origen o en el Estado de ejecución. Según el art. 38.2 R.655/2014 el procedimiento de liberación de los fondos se debe seguir lo dispuesto por los arts. 23 y 24 que son las normas para la ejecución de la orden. Así, es posible diferenciar tres supuestos diferentes:

- 1) *Solicitud de liberación de fondos en el Estado de origen pero las cuentas objetos de retención están en otro u otros Estados miembros.* En este caso la liberación de fondos estimada en el Estado de origen debe desplegar efectos en el Estado o Estados donde se encuentran las cuentas del deudor que están bloqueadas. Por tanto, la autoridad del Estado de origen debe llevar a cabo todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a la “la orden de liberación” (art. 23.3 R. 655/2014). Entre tales actuaciones se encuentran las siguientes: a) transmitir a la autoridad del Estado de ejecución la orden de liberación; 2) informar al banco y ordenarle la liberación de los fondos en atención a las normas del Estado de ejecución. Como la liberación de los fondos se presenta por el deudor en el Estado de origen de la OERC el desbloqueo de los mismos es total. Esto afecta al banco en el sentido de que liberará los fondos sin seguir un orden de prelación conforme al art. 24.7 R. 655/2014; 3) reintegro de las cantidades al deudor en el caso de que se hayan transferido a una cuenta destinada a tales fines [art. 24.2.b) R.655/2014]. En el caso de que la retención afectara a más de una cuenta bancaria perteneciente a países distintos, la autoridad del Estado de origen debe llevar a cabo dichas actuaciones de forma separada, dirigidas individualmente a cada banco y a cada autoridad de ejecución de cada Estado miembro afectado por la orden.
- 2) *Solicitud de liberación de fondos en el Estado de origen el cual coincide con el Estado donde se encuentran las cuentas retenidas.* En este supuesto el proceso de liberación es más sencillo debido a que sólo hay un Estado de ejecución y además coincide con el que emitió la orden. La liberación no tiene que traspasar fronteras, es la autoridad o autoridades de uno mismo Estado la que se encargan de liberar los fondos. Así, para ello deberá seguirse lo dispuesto en el Derecho nacional de dicho Estado.
- 3) *Solicitud de liberación de fondos en el Estado de ejecución o en uno de ellos.* Como ya se expuso, aquí la liberación de los fondos es parcial, por lo que sólo afecta a la cuenta o cuentas retenidas en ese Estado concreto. Por lo tanto, la autoridad de ejecución se encargará de ordenar a la entidad o entidades bancarias donde se encuentren las cuentas que desbloquee los fondos retenidos debido a que se ha presentado una caución o garantía sustitutoria por el deudor.

**108.** La forma en la que debe prestarse la garantía debe ser acorde con lo dispuesto en el Estado miembro en el deudor haya presentado su solicitud. Así, *ad ex.*, en el ordenamiento español no sirve cualquier garantía sustitutoria, deben ser algunas de las previstas en el art. 529.3.II LEC<sup>108</sup>. Entre ellas se podría destacar el dinero efectivo o cualquier otro medio que el tribunal considere que garantiza la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate.

<sup>108</sup> Vid. V. MORENO CATENA/ VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil...*, p. 423.

## 7. El derecho de terceros

**109.** El art. 39 R. 655/2014 se ocupa de precisar las normas de Derecho internacional privado aplicables en el caso de que sea un tercero el que impugne la OERC<sup>109</sup>. En este caso, el Reglamento sin obviar en cuanto a la competencia judicial internacional la existencia de otras normas al respecto como podrían ser el RBI-bis o cualquier otro Reglamento de los que existen sobre la tutela del crédito, señala que podrán ser competentes para conocer de esta impugnación por un tercero bien el *Estado miembro de origen* de la orden cuando la impugnación va dirigida contra la OERC en sí misma o bien el *Estado miembro de ejecución* cuando el tercero actúa contra la ejecución de la orden.

En cuanto al Derecho aplicable, si el objeto del recurso es la orden, el Derecho aplicable será la *Lex fori* del Estado de origen. Sin embargo, si el fin de la impugnación del tercero es la ejecución, será la *lex fori* del Estado de ejecución.

**110.** El Reglamento no sorprende con las normas de competencia y de conflicto que recoge, ya que van en consonancia con las disposiciones contempladas a lo largo del Reglamento. Son normas que a nuestro parecer persiguen que el Estado que deba encargarse del recurso se salga lo menos posible de su legislación estatal, quizás se considera por las autoridades europeas que esta es la mejor vía de garantizar rapidez y eficacia, ya que lo que se impugna es la medida cautelar dictada o ejecutada en buena parte conforme a las reglas de ese Estado de origen o de ejecución.

## VIII. Observaciones finales

**111.** El Reglamento 655/2014 persigue, como se ha analizado a lo largo del presente estudio, la creación de un instrumento procesal que permita bloquear fondos existentes en cuentas bancarias en la UE de forma rápida y eficaz. Prueba de esas características son los breves plazos para muchos de los trámites que implica la emisión y la ejecución de la orden, que no se notifique al demandado, la aplicación de *lex fori* en muchos aspectos del procedimiento, etc. El bloqueo o retención de cuentas bancarias aunque es una medida presente en la totalidad de los ordenamientos que forman parte del R. 655/2014 era necesaria por no decir imprescindible. Esto es así debido a que antes de la existencia de este Reglamento para bloquear una cuenta en cualquier Estado miembro de la UE era necesario solicitar la medida conforme al Derecho nacional del Estado donde se quería retener los fondos y posteriormente solicitar su reconocimiento en el Estado donde le interesase al acreedor. Actualmente, desde el 18 de enero, el bloqueo de cuentas bancarias se facilita, se puede solicitar una OERC en un Estado miembro y hacerla valer en otro sin necesidad de superar procedimiento específico al respecto. La fuerza ejecutiva de la OERC es directa e inmediata, por lo que el acreedor tiene ese punto a su favor cuando tiene que reclamar una deuda transfronteriza. Además, no se puede dejar de mencionar un aspecto esencial que viene de la mano del R. 655/2014 y es la posibilidad para el acreedor de solicitar información sobre las cuentas del deudor. Éste era uno de los aspectos más espinosos que un acreedor de una deuda transfronteriza tenía que solventar (si es que podía) para cobrar.

**112.** Hasta ahora se han destacado únicamente las bondades del R. 655/2014 y de la medida que instaura. Esto no quiere decir que algunos aspectos del procedimiento se podrían haber realizado de otro modo, como *ad ex.*, la continua remisión al Derecho nacional puede dar lugar a que el procedimiento de solicitud y ejecución de la OERC varíe de unos Estados a otros, lo que pueda dar lugar a *forum shopping*. Sin embargo, nada es perfecto. Así, se puede decir que el Reglamento establece un procedimiento que busca facilitar al acreedor la ejecución de su Derecho de crédito transfronterizo. La incógnita es si verdaderamente ese objetivo se va a conseguir, ya que la aplicabilidad del Reglamento es desde hace escasos días, por lo tanto, el tiempo será un gran aliado. No obstante, el objetivo es muy ambicioso, la eficacia de la ejecución civil es una tarea pendiente en prácticamente todos los ordenamientos europeos.

<sup>109</sup> Sobre el derecho de terceros *vid.* E. D'Alessandro, "I mezzi di..." pp. 113-117.

Esto es sólo un instrumento más para allanar el camino, pero todavía hay mucho por recorrer, *ad ex.*, el embargo telemático de cuentas es uno de ellos. Un papel clave lo van a desempeñar las autoridades de los Estados miembros que tengan que dictar o ejecutar OERC. Si dichas autoridades aplican el R. 655/2014 siguiendo las directrices europeas y con el ánimo de conseguir este objetivo que beneficia a todos, la OERC será un instrumento útil para el ciudadano europeo.



# EL REGISTRO INTERNACIONAL: IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA DEL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO SOBRE GARANTÍAS INTERNACIONALES Y SU PROTOCOLO AERONÁUTICO

## THE INTERNATIONAL REGISTRY: IMPLEMENTATION OF THE CAPE TOWN CONVENTION ON INTERNATIONAL INTERESTS AND ITS AIRCRAFT PROTOCOL IN SPAIN

M<sup>a</sup> JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Visitante de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 13/01/2017 / Aceptado: 23/01/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3613>

**Resumen:** El Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales y su Protocolo Aeronáutico han entrado en vigor para España el 1 de marzo de 2016. El Registro Internacional es una de las piezas clave del “Sistema de Ciudad del Cabo” junto con las garantías internacionales. En este sentido, España ha realizado las declaraciones pertinentes a dicho instrumento internacional, así como ha elaborado nuevas normas, para que el funcionamiento del Registro Internacional sea una realidad.

**Palabras clave:** Convenio de Ciudad del Cabo, Protocolo Aeronáutico, Registro Internacional, garantías internacionales, aeronaves, células de aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros.

**Abstract:** The Cape Town Convention on international interests and its Aircraft Protocol have entered into force in Spain on 1 March 2016. The International Registry is one of the key pieces of the “Cape Town System” together with the international interests. In this sense, Spain has made the relevant declarations to this international instrument, as well as it has developed new rules, so that the operation of the International Registry becomes a reality.

**Keywords:** Cape Town Convention, Aircraft Protocol, International Registry, international interests, aircrafts, airframes, aircraft engines, helicopters.

**Sumario:** I. El “Sistema de Ciudad del Cabo”. II. El Registro Internacional: 1. Características. 2. Tipos de garantías inscribibles. III. La “implementación” en España del Registro Internacional: 1. El Registro de Bienes Muebles como punto de acceso autorizante. 2 El Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles. IV. La práctica registral en la materia: 1. Inscripción de las garantías en el Registro de Bienes Muebles. 2. Inscripción de una IDERA (Irrevocable Deregistration and Express Request Authorization). V. Cuestiones pendientes.

## I. El “Sistema de Ciudad del Cabo”

1. El Registro Internacional de garantías sobre elementos de equipo aeronáutico se enmarca dentro del denominado de forma breve como “Sistema de Ciudad del Cabo”<sup>1</sup>. Tanto el Convenio de Ciudad del Cabo 2001 relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, como su Protocolo Aeronáutico son de aplicación por los Estados que lo hayan ratificado, aprobado, aceptado o adherido, después de la entrada en vigor de ambos instrumentos. Así pues, el Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico entraron en vigor a la vez, el 1 de marzo del 2006<sup>2</sup>. A la fecha de entrada en vigor tanto del Convenio como del Protocolo, había 9 ratificaciones, pero en la actualidad, mientras que el Convenio cuenta con 73 Estados contratantes, el Protocolo Aeronáutico cuenta con 65 Estados contratantes. Esto se debe a que hay Estados que forman parte del Convenio, pero no del Protocolo<sup>3</sup>.

Además de los Estados contratantes, la Unión Europea también forma parte del “Sistema de Ciudad del Cabo”, pero como “Organización regional de integración económica”, de acuerdo con el art. 48 del Convenio y el art. 27 del Protocolo Aeronáutico. Aunque para la Unión Europea ambos instrumentos entraron en vigor el 1 de agosto de 2009, su adhesión no implica que los Estados miembros tengan que ratificar el Convenio y su Protocolo. En este sentido, debido a que determinados aspectos que regula el “Sistema de Ciudad del Cabo” afecta a competencias repartidas entre la Unión Europea y los Estados, se puede afirmar que sin la adhesión realizada por la Unión Europea, los Estados no podrían ratificar por completo y con plenos efectos el Convenio y su Protocolo Aeronáutico<sup>4</sup>.

Ahora bien, como el Convenio y su Protocolo vinculan a los Estados miembros en el sentido de que contienen disposiciones referidas a aspectos en los que la Unión Europea tiene competencias, los Estados miembros deben tomar las medidas oportunas para cumplir e implementar tales disposiciones, a través de las declaraciones o reservas que pueden realizar los Estados en el momento de su adhesión. Sin embargo, es necesaria la ratificación de cada Estado para que el Convenio y el Protocolo desplieguen todos sus efectos. De hecho, en el momento de la adhesión de la Unión Europea, Irlanda y Luxemburgo ya eran parte de ambos instrumentos. Desde entonces los Estados miembros que han ratificado el “Sistema de Ciudad del Cabo” son Malta, Letonia, Gran Bretaña, Dinamarca, España y Suecia. Por otro lado, la decisión de adhesión de la Unión Europea a ambos instrumentos no es aplicable a Dinamarca. Además, mencionar que aunque los Países Bajos están dentro del cómputo de Estados que han ratificado el Convenio y el Protocolo, éstos sólo son aplicables a las Antillas Holandesas y a Aruba, tal y como figura en la declaración prevista en el art. 52.1 del Convenio para aquellos Estados que están formados por varias unidades territoriales, como es el caso de los Países Bajos<sup>5</sup>. España por su parte, primero ratificó el Convenio, el cual entró en vigor el 1 de octubre del 2013, mientras que el Protocolo Aeronáutico es de aplicación desde el 1 de marzo de 2016, a excepción de varios artículos que entraron en vigor el 1 de junio de ese mismo año<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> I. HEREDIA CERVANTES, “Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo”, *La Ley mercantil*, núm. 21, 1 enero 2016, p. 2.

<sup>2</sup> La fecha de entrada en vigor coincide con el primer día del mes siguiente a la finalización de un período de tres meses posterior a la fecha del depósito del octavo instrumento de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión con respecto al Protocolo (art. 49.1 Convenio y XXVIII.1 Protocolo). Para el resto de Estados que se han adherido posteriormente a ambos instrumentos, la fecha de entrada en vigor se produce el primer día del mes siguiente a la finalización de un período de tres meses posterior a la fecha de depósito de sus instrumentos de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión a dicho Protocolo, tal y como establece el art. 49.2 del Convenio y el art. XXVIII.2 del Protocolo Aeronáutico.

<sup>3</sup> Aunque para su entrada en vigor era necesario la ratificación de ocho Estados, Senegal como noveno Estado contratante también lo había ratificado aunque su fecha de entrada en vigor fuese dos meses más tarde. En cuanto al estado de las ratificaciones del Convenio *vid.* <http://www.unidroit.org/fr/etat-2001capetown> (consultado el 16 de noviembre del 2016). Mientras que respecto del estado de las ratificaciones del Protocolo Aeronáutico *vid.* <http://www.unidroit.org/fr/etat-2001capetown-aircraft> (consultado el 16 de noviembre del 2016).

<sup>4</sup> T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 26.

<sup>5</sup> La declaración que ha hecho los Países Bajos es la siguiente: “*Pursuant to Article 52, paragraph 1, of the Convention, the Kingdom of the Netherlands declares that the Convention is to apply to the following territorial units: the Netherlands Antilles and Aruba*”. Aruba es uno de los Estados bajo cuya bandera de conveniencia se matriculan muchas aeronaves, de ahí que esta unidad territorial de los Países Bajos se haya adherido al “Sistema de Ciudad del Cabo”.

<sup>6</sup> Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil,

Por lo tanto, el Convenio y su Protocolo Aeronáutico son textos internacionales de naturaleza mixta que se proyectan sobre competencias de los Estados y de la Unión Europea. Como consecuencia de su especial naturaleza, la Unión Europea ha firmado el Convenio y el Protocolo Aeronáutico, pero haciendo reservas en materias que son de su competencia, como ocurre en el caso de las normas sobre competencia judicial internacional, al estar recogidas, en ese momento, en el Reglamento 44/2001, en la actualidad reemplazado por el Reglamento 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil; y con respecto a las normas sobre la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y a los procedimientos de insolvencia, al estar contenidas respectivamente en el Reglamento 593/2008 (Reglamento Roma I) sobre obligaciones contractuales y en el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, éste último reemplazado en el Reglamento 2015/848<sup>7</sup>.

La ratificación de ambos instrumentos el 1 de marzo de 2006 por parte de Estados Unidos tiene una importancia significativa por el puesto que ocupa en la industria aeronáutica, de manera que ha favorecido la difusión y aceptación de ambos instrumentos a nivel mundial. Otros países que se deben destacar como Estados contratantes son Canadá o Brasil, por tratarse de los dos Estados donde se encuentran los otros dos fabricantes de aeronaves, Bombardier y Embraer respectivamente, aunque los mayores fabricantes son Airbus y Boeing. También se debe mencionar a la Federación Rusa, a Emiratos Árabes Unidos, a Arabia Saudí o a China, por ser Estados también de gran importancia en el sector aeronáutico, en cuanto al volumen de adquisición de aeronaves.

2. El Convenio de Ciudad del Cabo de 2001 relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil adoptado en la Conferencia diplomática celebrada en dicha ciudad sudafricana, entre los días 29 de octubre y 16 de noviembre de 2001, es el resultado de la colaboración del *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)* y de la Organización de Aviación Civil Internacional (*OACI*), con el objetivo de dar soluciones concretas a los problemas que se plantean en determinados sectores caracterizados por su elevada complejidad, entre los que está el sector aeronáutico<sup>8</sup>. Además, ha contado con el patrocinio del *International Air Transport Association (IATA)* y del *Aviation Working Group (AWG)*, pero sobre todo éste último a través de su página web, en la que se recogen documentos de especial interés sobre la implementación del Convenio y el Protocolo en los Estados, ha contribuido a la ratificación por parte de los Estados del “*Cape Town Treaty*”, que es como el *AWG* denomina al Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico<sup>9</sup>.

---

hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 238, 4 octubre 2013; 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. Los artículos del Protocolo Aeronáutico que entraron en vigor en España con posterioridad son el 39.1, 39.3, 40 y 53, relativos a determinadas declaraciones a realizar por los Estados referentes a ciertos derechos o garantías, y sobre las autoridades competentes de los Estados para adoptar las medidas contempladas en el Convenio y su Protocolo Aeronáutico.

<sup>7</sup> Las declaraciones de la Unión Europea están contenidas en los Anexos I y II de la 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).

<sup>8</sup> R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, pp. 5-7; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 25.

<sup>9</sup> 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 materias que afectan a la financiación de la aviación internacional, como puede ser el tema de los seguros. También el *AWG* sirve de foro en el que se tratan nuevos temas que sus miembros plantean y desarrollan, entre los que están 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. En definitiva, 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

En este sentido, la especial estructura dual Convenio/Protocolos, impide que el Convenio de Ciudad del Cabo pueda operar independientemente de sus Protocolos, de manera que no sólo existe el Protocolo sobre equipo aeronáutico, sino que existen otros dos Protocolos previstos inicialmente: el segundo es el Protocolo sobre material rodante ferroviario, y el tercero es el Protocolo sobre bienes de equipo espacial, aunque ninguno de los dos ha entrado en vigor a la fecha de presentación de este trabajo<sup>10</sup>. Mientras que el Protocolo sobre material rodante ferroviario necesita la ratificación de sólo dos Estados más, el hecho de que el Protocolo sobre bienes de equipo espacial requiera la ratificación de diez Estados para su entrada en vigor, se debe a que a diferencia de los dos primeros Protocolos que cuentan con el apoyo pleno de los sectores económicos afectados, la extensión del Convenio de Ciudad del Cabo al ámbito de las garantías sobre bienes espaciales no ha tenido tan buena aceptación por un sector de la industria, pues las soluciones ofrecidas por los ordenamientos nacionales han venido dando respuesta a los problemas del sector, por no mencionar que el gran tamaño y la sobrada solvencia de las entidades que operan en dicha industria, ha hecho que se hayan ganado la confianza de los inversores<sup>11</sup>.

Las posibilidades que ofrece el Convenio para las garantías mobiliarias sobre determinados elementos de equipo móvil y la flexibilidad del modelo dual Convenio/ Protocolos ha provocado que se haya pensado en un futuro en extender su aplicación a categorías de bienes, que aunque no están expresamente incluidas en el Convenio, pueden responder a similares características estructurales y requieren también un tratamiento uniforme para favorecer su financiación y adquisición<sup>12</sup>. El Convenio prevé expresamente su aplicación a los siguientes bienes: "a) células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros, b) material rodante ferroviario, y c) bienes de equipo espacial"<sup>13</sup>. Sin embargo, se ha pensado en la elaboración de un cuarto Protocolo sobre bienes de equipo de uso agrícola, minero y de construcción, como consecuencia de la necesidad de financiación en sectores estratégicos para economías de países en vías de desarrollo; aunque esta posibilidad cuenta con dificultades de tipo técnico, pues las reglas del Convenio están pensadas para bienes naturalmente móviles, perfectamente identificables y de alto valor, requisitos que no cumplen los bienes de equipo utilizados en la agricultura, minería y construcción<sup>14</sup>. Por lo tanto, sólo existen tres Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo, de los que únicamente ha entrado en vigor el Protocolo sobre bienes de equipo aeronáutico.

---

nuevos. La importancia del *AWG* es tal que 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*). *Vid.* La página del *AWG* está disponible en línea en <http://www.awg.aero> (consultada el 16 de noviembre del 2016).

<sup>10</sup> El Protocolo sobre material rodante ferroviario se adoptó en la Conferencia Diplomática celebrada en Luxemburgo, el 23 de febrero de 2007, pero sólo cuenta con siete Estados firmantes: Gabón, Italia, Luxemburgo, Suiza, Alemania, Mozambique y Reino Unido; y la Unión Europea, pero esta última en su condición de "Organización regional de integración económica", de acuerdo con el art. XXII del Protocolo; de los que sólo lo han ratificado a noviembre del 2016 Alemania y la Unión Europea, por lo que no está en vigor, pues necesita que cuatro Estados lo hayan ratificado, tal y como se especifica en su art. XXIII (Protocolo ferroviario disponible en línea en <http://www.unidroit.org/fr/instruments/garanties-internationales/protocole-ferroviaire> (consultado el 16 de noviembre del 2016)). El Protocolo sobre bienes de equipo espacial, se adoptó y abrió a la firma el 9 de marzo 2012, tras la Conferencia Diplomática celebrada en Berlín del 27 de febrero hasta su adopción el 9 de marzo de 2012, pero sólo lo han firmado cuatro Estados: Alemania, Arabia Saudí, Burkina Faso y Zimbabue, de los que ninguno de ellos lo ha ratificado; por lo que tampoco está en vigor, ya que necesita ser ratificado por diez Estados, en virtud de su art. XXXVIII (Protocolo espacial disponible en línea en <http://www.unidroit.org/fr/instruments/garanties-internationales/protocole-spatial> (consultado el 16 de noviembre del 2016)).

<sup>11</sup> F.-J. GÓMEZ GÁLLIGO/ I. HEREDIA CERVANTES, "El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo 2012, p. 1418.

<sup>12</sup> T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 27.

<sup>13</sup> Art. 2.3 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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; art. 2.3 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 238, 4 octubre 2013.

<sup>14</sup> También se planteó desde el comienzo de la preparación del proyecto, la posibilidad de que el Convenio se aplicara a los buques o a las plataformas petrolíferas, pero por motivos diversos se ha excluido su tratamiento por el momento (T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 27).

3. Las razones que han motivado la elaboración del Convenio y el Protocolo Aeronáutico con el objetivo de desarrollar una disciplina uniforme que regule determinados aspectos de las garantías mobiliarias, son de dos tipos, de índole económica y de índole jurídica. Por un lado, las de tipo económico se basan en que las garantías favorecen las operaciones de financiación en el mercado y que en el sector aeronáutico son imprescindibles para su funcionamiento, pues son bienes con un coste muy elevado. Por otro lado, las de tipo jurídico se basan en las grandes diferencias existentes entre los ordenamientos en relación con un concepto genérico de lo que en español se ha traducido como “garantías”, pero que en inglés se denomina “*interests*”, y que engloba mucho más que el contenido de la garantía como se conoce en Derecho español, ya que incluye los *leasing* de aeronaves con opción a compra o las compraventas de dichos bienes con reserva de dominio —o incluso las compraventas simples—, que en el caso del Derecho español se trata de figuras que están más próximas al Derecho de propiedad.

El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo son dos instrumentos que fueron adoptados para facilitar el *leasing* y la financiación basada en activos como son los bienes de equipo aeronáuticos, al establecer un régimen jurídico internacional para la constitución, la inscripción y la ejecución de las “garantías internacionales” que se apoya en este tipo de bienes<sup>15</sup>. Para la elaboración de los mismos se han tenido muy en cuenta las exigencias económicas sectoriales, ya que los expertos en el sector llevaron a cabo previamente un análisis económico, que se basó en la experiencia de Estados Unidos en el campo de la financiación privada de las aeronaves civiles en un sector donde existe cada vez más competencia, pero a la vez está condicionado por las coyunturas internacionales.

La financiación sobre activos o “*asset-based financing*”, tan utilizado en el sector aeronáutico en los últimos años, es un método de financiación que se basa en el papel de la garantía sobre el bien financiado. En este esquema de financiación, la devolución y la remuneración de la cantidad adelantada por los prestamistas para la adquisición o la puesta a disposición del bien están aseguradas por los ingresos de la explotación. Por lo tanto, en caso de incumplimiento del deudor, los prestamistas deben poder tomar rápidamente el control de la aeronave y asegurarse así que el bien sigue siendo explotado por otra compañía, porque es al fin y al cabo lo que garantiza la rentabilidad de su inversión. Y es bajo estas condiciones cómo la financiación de los bienes accede a los mercados de capitales, de manera que las deudas o créditos que cuentan con garantías sólidas se transforman en títulos financieros mediante la titulización de las operaciones. En consecuencia, el riesgo soportado por los prestamistas y el coste de su contribución, es decir los intereses que cobran por dicha financiación, está en relación directa con el control real que los prestamistas pueden ejercer sobre el bien financiado en caso de incumplimiento del deudor. Por lo tanto, la transferencia de la propiedad en garantía sería la forma más segura de que los prestamistas puedan ejercer, en caso de que fuese necesario, el control de la aeronave<sup>16</sup>.

En este sentido, las necesidades de la industria aeronáutica se han dado a conocer por medio del *AWG*, que basándose en el análisis del impacto económico inspirado en la experiencia norteamericana y en una legislación favorable a los inversores aeronáuticos, ha destinado todos sus esfuerzos a la negociación del Convenio y el Protocolo Aeronáutico para defender los siguientes aspectos: 1) que en primer lugar, recibiese un trato privilegiado la libertad contractual para prever las consecuencias del eventual incumplimiento del deudor; 2) que se establecieran a continuación unas reglas claras de prioridad en el cobro (*transparent priority principle*), 3) unas normas para que la ejecución sea rápida (*prompt enforcement principle*), 4) y unas normas de ejecución específicas para los casos de insolvencia (*bankruptcy law enforcement principle*)<sup>17</sup>. La aplicación de estos principios en Estados Unidos, sobre todo desde el punto

<sup>15</sup> B. POULAIN, “L’impact économique du Droit Privé International sur le financement des aéronefs civils. La Convention UNIDROIT du 16 novembre 2001”, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Vol. 238, núm. 2, abril – junio, 2006, p. 105.

<sup>16</sup> B. POULAIN, “L’impact économique du Droit Privé International sur le financement des aéronefs civils. La Convention UNIDROIT du 16 novembre 2001”, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Vol. 238, núm. 2, abril – junio, 2006, pp. 111-2.

<sup>17</sup> Aunque ya se ha hablado del *AWG*, se debe aclarar que este grupo está formado concretamente por: Airbus y Boeing, como constructores de aeronaves; GE Aircraft, Snecma, Rolls Royce y Pratt & Whitney, como fabricantes de motores; GECAS e ILFC, como compañías de *leasing*; y Banque Indosuez, The Long-Term Credit Bank of Japan, Kreditanstalt Für Wiederaufbau, como instituciones financieras implicadas en la financiación aeronáutica (B. POULAIN, “L’impact économique du Droit Privé International sur le financement des aéronefs civils. La Convention UNIDROIT du 16 novembre 2001”, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Vol. 238, núm. 2, abril – junio, 2006, p. 112). *Vid.* El informe del impacto económico en el que se apoya el *AWG*, realizado por A. SAUNDERS/ I. WALTER, DENOMINADO *Proposed Unidroit Convention on International Interests*

de vista de los acreedores aeronáuticos en caso de insolvencia, ha tenido un impacto muy beneficioso sobre el sector<sup>18</sup>.

Aunque en el informe en el que se basa el *AWG* para apoyar los principios mencionados no se tienen en cuenta, se deben mencionar además, los beneficios que podrían obtener las economías de los Estados por parte de las Agencias de Crédito a la Exportación, como consecuencia del refuerzo de la posición de los prestamistas en las transacciones internacionales. En este sentido, con motivo de la ratificación del Convenio y el Protocolo Aeronáutico por parte de Estados Unidos, el *Export-Import Bank (Eximbank)* de Estados Unidos propuso reducir su comisión en torno a un tercio, sobre la financiación de las grandes aeronaves civiles fabricadas en Estados Unidos para aquellos compradores situados en países que hubiesen ratificado el Convenio y el Protocolo Aeronáutico<sup>19</sup>.

En consecuencia, lo que buscan los bancos o las compañías financieras es que se faciliten las operaciones de financiación de las aeronaves, mediante la reducción del coste de los préstamos y los seguros asociados, y se abra el acceso a los mercados de capitales. Además, como se deduce del informe del impacto económico en el que se apoya el *AWG* para promover el Convenio y su Protocolo Aeronáutico, se deben tener en cuenta las ganancias macroeconómicas o indirectas derivadas de las deudas exteriores contraídas por los Estados, en materia de inversiones industriales devueltas al sector aeronáutico, o incluso en materia de creación de empleos<sup>20</sup>.

4. Junto con los aspectos económicos que han dado origen a estos instrumentos, coexisten los fundamentos jurídicos, que han provocado que sea UNIDROIT uno de los organismos propulsores de esta iniciativa, siendo en definitiva el depositario legal de ambos instrumentos internacionales<sup>21</sup>. La necesidad de una armonización internacional en materia de “garantías” mobiliarias, entendidas en sentido amplio, ha sido el otro pilar en el que se ha sustentado el Convenio y su Protocolo Aeronáutico, pues existen grandes diferencias entre los ordenamientos estatales, tanto en lo que respecta a los tipos de “garantías” contemplados, como en el reconocimiento de dichas “garantías” en otros Estados<sup>22</sup>.

Con el desarrollo de la economía industrial y de servicios, el tener que cubrir las necesidades del tráfico en general, pero especialmente las del tráfico aéreo, ha llevado a que surgan nuevas necesidades de financiación, lo cual ha provocado un cambio en los mecanismos jurídicos de garantía<sup>23</sup>. La necesidad de tener que utilizar los activos de la empresa, siendo el caso de las aeronaves, como garantía para obtener financiación externa ha provocado que las formas tradicionales de garantías ya no se utilicen. Así por ejemplo, el requisito de la desposesión o desplazamiento del bien, que ha acompañado a las fórmulas clásicas de garantía, impide que el deudor siga utilizando el bien en su actividad productiva para

---

*in Mobile equipment as applicable to aircraft equipmet through the aircraft equipment protocol: economic impact assessment*, que está disponible en línea en <http://www.awg.aero/assets/docs/EIA.pdf> (consultada el 16 de noviembre de 2016).

<sup>18</sup> B. POULAIN, “L’impact économique du Droit Privé International sur le financement des aéronefs civils. La Convention UNIDROIT du 16 novembre 2001”, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Vol. 238, núm. 2, abril – junio, 2006, p. 112.

<sup>19</sup> *Eximbank Press Release*, 29 de octubre de 2004.

<sup>20</sup> B. POULAIN, “L’impact économique du Droit Privé International sur le financement des aéronefs civils. La Convention UNIDROIT du 16 novembre 2001”, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Vol. 238, núm. 2, abril – junio, 2006, p. 115.

<sup>21</sup> En la página oficial de UNIDROIT se puede acceder a dichos instrumentos, que están disponibles en línea en <http://www.unidroit.org> (consultados el 16 de septiembre de 2016). Asimismo, la cronología del desarrollo de Convenio y los documentos clave elaborados en relación con el Convenio, así como con respecto al Protocolo Aeronáutico, se detallan en los Anexos XII y XIII respectivamente, del *Official Commentary* (R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008).

<sup>22</sup> Como bien señalan algunos autores, en contraposición con lo que sucede con el Derecho de las obligaciones, y más concretamente con el Derecho de los contratos, los aspectos reales de las transacciones comerciales internacionales no han sido abordados en el proceso de armonización del Derecho Comercial Internacional. Los motivos han sido muy diversos, pero se debe destacar la excesiva preocupación por no interferir en las regulaciones nacionales relativas a la insolvencia, las grandes diferencias existentes entre las familias jurídicas o las exageradas limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactos entre la partes que, sin embargo, sí se han favorecido en el ámbito de los contratos (F.-J. GÓMEZ GÁLLIGO/ I. HEREDIA CERVANTES, “El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo 2012, p. 1419).

<sup>23</sup> T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 31.

satisfacer el crédito, y supone para el acreedor unos costes derivados de la custodia y conservación del bien, cuando éste pretende la satisfacción del crédito por parte del deudor<sup>24</sup>.

Aunque existe cierto rechazo en algunos sistemas jurídicos, se puede comprobar que a nivel de las legislaciones nacionales existe en materia de derechos de garantías un modelo de regulación que se articula en torno a los siguientes objetivos: a) permitir la constitución de una garantía sin imponer la desposesión del bien al deudor y por lo tanto, le permite poder usarlo; b) permitir a las partes adaptar la garantía a las necesidades particulares de sus transacciones, dejando un lugar a la autonomía de la voluntad de las partes, que pueden pactar las modalidades de ejecución de la garantía; c) establecer un sistema eficaz de publicidad de los derechos de garantía constituidos; d) establecer unas reglas claras de prioridad; e) en caso de incumplimiento del deudor, permitir al acreedor garantizado la realización rápida y al valor de mercado, del bien gravado<sup>25</sup>. Estos principios permiten un fortalecimiento de la posición del deudor y en consecuencia que fluya el crédito, como ya se ha mencionado al tratar los aspectos económicos.

Sin embargo, como se trata de bienes muebles, pues los bienes sobre los que se realizan la garantías son helicópteros, células de aeronaves y motores, que cruzan frecuentemente los territorios de diversos Estados, se plantea el problema de cómo el acreedor garantizado puede hacer valer sus derechos. El principio de Derecho internacional privado que establece la ley aplicable a los derechos reales y demás garantías sobre los bienes muebles en general, es el de la ley del lugar de situación del bien, *lex rei sitae*, y que tiene el efecto de perturbar la continuidad de los derechos de garantía constituidos sobre los bienes<sup>26</sup>. Esto puede llevar a un problema de reconocimiento en un Estado de los derechos constituidos conforme a la ley de otro Estado. Las diferencias existentes entre los ordenamientos en esta materia son todavía grandes y puede suceder en el peor de los casos, que se nieguen a reconocer la eficacia de figuras no conocidas el ordenamiento donde se pretenden hacer valer<sup>27</sup>. Si bien, lo que suele suceder en la práctica es que el titular de los derechos constituidos conforme a la ley de un Estado, no cumplirá probablemente las formalidades necesarias para que dichos derechos sean oponibles frente a terceros en otro Estado, y más concretamente los requisitos locales de publicidad<sup>28</sup>.

En el caso de las aeronaves y de los buques, el principio de Derecho internacional privado que regula las cuestiones jurídicoreales, así como otros tipos de garantías, es el de la Ley del Estado de matrícula o registro o la “Ley del pabellón”, que ha permitido solucionar en teoría el problema de la continuidad de los derechos de garantía, al atribuir a dichos bienes una localización ficticia permanente, que pueda asegurar el reconocimiento de los derechos que puedan gravar a dichos bienes en los territorios de muchos Estados<sup>29</sup>. Sin embargo, también se plantea el problema de que en ocasiones, el Estado de registro o de matrícula de la aeronave –no sucede lo mismo con los buques- no es el Estado en el que la aerolínea tiene

<sup>24</sup> R. GOODE, *Legal Problems of Credit and Securities*, 2<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1988, pp. 13 y ss.

<sup>25</sup> La influencia del Derecho norteamericano en dichos principios, en concreto del art. 9 del *Uniform Commercial Code*, es manifiesta y así ha sido reconocido por algunos autores. Estos principios están recogidos en los modelos de legislación promovidos por los bancos de desarrollo en América Latina y en Asia, y también en Europa. De hecho, la difusión de estos principios ha influido en las legislaciones más reticentes a una reforma. Así, el Derecho francés, parece por ejemplo integrar en parte estos principios en la disposición de 23 de marzo de 2006, al dedicarse principalmente a la prenda sin desplazamiento de la posesión y al pacto comisorio (B. POULAIN, “L’impact économique du Droit Privé International sur le financement des aéronefs civils. La Convention UNIDROIT du 16 novembre 2001”, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Vol. 238, núm. 2, abril – junio, 2006, pp. 106-7). Sin embargo, en Derecho español, mientras que la prenda sin desplazamiento se contempla en la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento (BOE núm. 352, 18 diciembre 1954), el pacto comisorio está prohibido.

<sup>26</sup> En Derecho español quien recoge este principio es el art. 10.1 del Código Civil.

<sup>27</sup> F.-J. GÓMEZ GÁLLIGO/ I. HEREDIA CERVANTES, “El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo 2012, p. 1420.

<sup>28</sup> Vid. K. KREUZER, “La propriété mobilière en droit international privé”, *Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1996, pp. 13-317.

<sup>29</sup> En Derecho español, además de los buques y las aeronaves, los medios de transporte por ferrocarril, también están incluidos entre los bienes cuyos derechos reales y demás garantías quedan regulados por la Ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro (art. 10.2 del Código Civil). Para el reconocimiento de los derechos constituidos conforme a la Ley del Estado de matrícula de la aeronave se creó el Convenio de Ginebra de 1948, del que España no es Estado contratante, pero ha tenido escasa aplicación práctica. Además con el Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico el ámbito de aplicación del Convenio de Ginebra ha quedado reducido fundamentalmente a las hipotecas, que prácticamente no se realizan debido a su elevado coste.

su base de operaciones, es decir, que dichos Estados constituyen “pabellones de complacencia”, conforme a cuya Ley se han constituido los derechos de garantía, pero que puede plantear problemas de reconocimiento en el resto de Estados en los que la aeronave opera realmente. Además, existen bienes objeto del Convenio y el Protocolo como son los motores que aunque en algunos Estados son registrados, en otros Estados como es el caso de España, no es obligatoria su inscripción, cuando en realidad tienen una gran importancia económica<sup>30</sup>.

Ningún texto internacional ha planteado un régimen completo para la constitución, la inscripción y la ejecución de una garantía realizada sobre un bien de equipo, como es el aeronáutico, que está siendo explotado en los territorios de más de un Estado. La ausencia de un instrumento de tales características, en un contexto económico en el que las operaciones de puesta a disposición de bienes de equipo móviles, concretamente de tipo aeronáutico, implican que los proveedores de fondos, los fabricantes y los usuarios de estos bienes están en raras circunstancias en el territorio de un mismo Estado, ha sido destacada por el Consejo de Dirección de UNIDROIT, a raíz de adopción de la Convención de Ottawa sobre arrendamiento financiero de 1988.

Existe pues una necesidad jurídica, a la vez que financiera y comercial para que se haya abordado una reglamentación internacional en materia de garantías mobiliarias. Además, los autores que han configurado el Convenio y su Protocolo Aeronáutico han condicionado deliberadamente la entrada en vigor de ambos instrumentos a un número pequeño de ratificaciones, para que se aplique lo más rápidamente posible con el objeto de beneficiar a aquellas transacciones que los primeros Estados que lo ratifiquen hayan decidido favorecer<sup>31</sup>. Por lo tanto, se le ha dado al Convenio y su Protocolo Aeronáutico cierta flexibilidad al establecer un sistema complejo de declaraciones, que cada Estado tiene que realizar cuando se decida a ratificarlos<sup>32</sup>. Con el objetivo de conciliar eficacia comercial y sensibilidad a las diferentes tradiciones jurídicas, el Convenio y su Protocolo cuenta con 36 posibles declaraciones, que les permiten a los Estados contratantes poder conseguir el mejor compromiso entre las exigencias de los inversores aeronáuticos y sus tradiciones jurídicas<sup>33</sup>.

5. Por lo tanto, el Convenio y su Protocolo Aeronáutico con el objetivo de dar confianza a futuros inversores que deseen conceder créditos en el sector aeronáutico y reducir a la vez los costes financieros de las compañías, normalmente las aerolíneas, que reciben dicha financiación, contempla una serie de materias, entre las que se deben destacar: a) la creación de una garantía internacional que deberá ser reconocida en todos los Estados contratantes; b) el desarrollo de una serie de medidas a las que puede optar el acreedor o acreedores en caso de incumplimiento del deudor, así como una serie de medidas provisionales cuando existe una prueba de tal incumplimiento; c) la elaboración de unas normas de competencia judicial internacional y de Ley aplicable para que el acreedor pueda reclamar dichas medidas ante el incumplimiento, además de unas reglas en caso de insolvencia; d) el establecimiento de un registro electrónico internacional en el que inscribir las garantías internacionales constituidas conforme al Convenio y su Protocolo Aeronáutico, con la finalidad de que sea oponible frente a terceros, a la vez que permitirá al acreedor que su garantía tenga prioridad sobre otra garantía inscrita con posterioridad, o en general, sobre toda garantía no inscrita, ya sea anterior o posterior, así como sobre el administrador de la insolvencia del deudor.

El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo son básicamente instrumentos de derecho sustantivo, con lo cual como norma general no se acude a los ordenamientos internos de los Estados, ni por

<sup>30</sup> B. POULAIN, “L’impact économique du Droit Privé International sur le financement des aéronefs civils. La Convention UNIDROIT du 16 novembre 2001”, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Vol. 238, núm. 2, abril – junio, 2006, p. 108.

<sup>31</sup> Mientras que el Convenio exige sólo tres ratificaciones para su entrada en vigor, el Protocolo Aeronáutico exige ocho, que tampoco son un número muy elevado (vid J. WOOL/ L. CLARK, “Entry into force of transactional private law treaties affecting aviation: case study proposed Unidroit/ICAO Convention as applied to aircraft equipment”, *Journal of Air Law and Commerce*, fall 2001, pp. 1403-20).

<sup>32</sup> En este sentido, en la página del AWG donde el tema principal de estudio es el Convenio y su Protocolo Aeronáutico, el primer apartado se denomina “*Ratification and Implementation of the Cape Town Convention*” y otro de sus apartados tiene por título “*Declarations under the Cape Town Convention*”, ambos disponibles en línea en <http://www.awg.aero/projects/cape-townconvention> (consultado el 16 de noviembre del 2016).

<sup>33</sup> B. POULAIN, “L’impact économique du Droit Privé International sur le financement des aéronefs civils. La Convention UNIDROIT du 16 novembre 2001”, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Vol. 238, núm. 2, abril – junio, 2006, p. 115.



lo tanto a las normas de conflicto estatales, salvo algunas excepciones en que el Convenio se remita a ellas<sup>34</sup>. En definitiva, como un único instrumento que son, recogen un conjunto de reglas uniformes relativas a la constitución, eficacia y rango de las garantías respecto de los bienes de equipo aeronáuticos, en principio respecto de un deudor situado en un Estado contratante, basadas en un sistema de Registro Internacional. Pero el art. IV.1 del Protocolo establece que, además del lugar de situación del deudor, el Convenio se aplicará cuando el Estado contratante sea el Estado de matrícula de un helicóptero sobre el que se ha constituido una garantía o el de una aeronave sobre cuya célula se ha constituido una garantía<sup>35</sup>. Este es un criterio adicional y alternativo al recogido en el art. 3 del Convenio, por lo que si el deudor está situado en un Estado contratante, no es relevante que el Estado de Registro no sea Estado contratante, y a la inversa. Sin embargo, en cuanto a los motores de aeronaves, el factor de conexión alternativo para la aplicación del “Sistema de Ciudad del Cabo” no puede ser utilizado con respecto a dichos objetos, puesto que los motores no poseen Estado de matrícula en el sentido del Convenio de Chicago de 1944<sup>36</sup>.

6. En cuanto a las reglas de interpretación del Convenio están recogidas en los arts. 5 y 6 del texto internacional, de manera que en el art. 5.1 se establece la interpretación autónoma del Convenio, al recoger principios similares a otros textos internacionales como es la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>37</sup>.

Además de esta interpretación autónoma y uniforme del Convenio, en su art. 5.2 establece un método para la resolución de lagunas, de manera análoga al art. 7.2 de la Convención de Viena de 1980, de manera que las cuestiones no resueltas expresamente por el Convenio, no pueden resolverse internamente por analogía<sup>38</sup>. El precepto señala que en primer lugar se deberá acudir a los principios generales en los que se basa el Convenio y, en su defecto, a la Ley aplicable, en virtud de las normas de Derecho internacional privado del tribunal que conoce del caso.

<sup>34</sup> Art. 5.2 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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; art. 5.2 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 238, 4 octubre 2013.

<sup>35</sup> También se especifica que cuando esa inscripción se realice para cumplir un acuerdo de matriculación de la aeronave, la inscripción se considerará efectuada en la fecha del acuerdo (art. IV.1 Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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).

<sup>36</sup> R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 312.

<sup>37</sup> Este precepto dice textualmente: “*En la interpretación del presente Convenio se tendrán en cuenta sus fines, tal como se enuncian en el preámbulo, su carácter internacional y la necesidad de promover su aplicación uniforme y previsible.*” (art. 5.1 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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; art. 5.1 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 238, 4 octubre 2013). Con respecto a la Convención de Viena existe una diferencia en la redacción, porque se ha cambiado “la buena fe” por “la necesidad de promover su aplicación previsible y uniforme” (art. 7.1 Instrumento de Adhesión de España a la Convención de Naciones Unidas de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, BOE núm. 26, 30 enero 1991; corrección de errores BOE núm. 282, 22 noviembre 1996).

<sup>38</sup> Este precepto dice textualmente: “*Las cuestiones relativas a las materias regidas por el presente Convenio y que no estén expresamente resueltas en el mismo se resolverán de conformidad con los principios generales en los que se funda o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable.*” (art. 5.2 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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; art. 5.2 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 238, 4 octubre 2013).

Por lo que respecta a los principios generales, en el Convenio no se mencionan, pero de los fines señalados en el preámbulo y de sus disposiciones se pueden deducir los siguientes: utilidad o sentido práctico, autonomía de la voluntad, previsibilidad, transparencia y sensibilidad a las tradiciones legales nacionales<sup>39</sup>. Este último principio se articula a través de un conjunto de reservas y declaraciones, pero lo que es más importante, la calificación de si se trata de uno de los tipos de contratos establecidos en el Convenio: contrato constitutivo de garantía, de arrendamiento o compraventa con reserva de dominio, que crea o prevé la garantía internacional sobre bienes aeronáuticos, se realiza conforme a la legislación nacional. Esta cuestión puede no parecer relevante en principio, pero la calificación del contrato que genera la garantía internacional en uno de los tipos mencionados, determina las medidas que se pueden tomar en caso de incumplimiento del deudor, en virtud del Convenio<sup>40</sup>. Tales medidas a adoptar por la otra parte contratante en caso de incumplimiento del deudor, se detallan en los arts. 8 y 9 del Convenio, así como en los art. IX y XIII del Protocolo Aeronáutico, además de las medidas provisionales que también se contemplan.

En cuanto a la ley aplicable, el Convenio establece expresamente que todas las referencias a la Ley aplicable, se entienden realizadas a las normas de derecho interno o sustantivo de la Ley aplicable designada por las normas de conflicto del tribunal que conoce del asunto<sup>41</sup>. En consecuencia, el Convenio no contempla la posibilidad de ningún tipo de reenvío, ni de retorno o de primer grado, ni de segundo grado.

Además, el Convenio establece también respecto de la Ley aplicable una disposición en el supuesto de que se produjese una remisión a ordenamientos plurilegislativos. En estos casos, si es posible determinar la unidad territorial pertinente, será la Ley de dicha unidad territorial la que sea de aplicación. Pero en caso contrario, se acudirá a la Ley de ese Estado para establecer la unidad territorial cuyas normas regirán. Ahora bien, si tampoco existiese ninguna regulación al respecto, se aplicará la Ley de la unidad territorial con la cual el supuesto presente los vínculos más estrechos<sup>42</sup>.

Por último, el Convenio de Ciudad del Cabo no se ha empezado a aplicar hasta que no ha entrado en vigor el Protocolo Aeronáutico y la aplicación de las reglas convencionales debe realizarse siempre de la forma contemplada en el Protocolo. Así que en caso de discrepancia entre ambos textos prevalece el Protocolo Aeronáutico<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Para un mayor desarrollo de estos principios *vid.* R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, pp. 18 y 173; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 31.

<sup>40</sup> Art. 2.4 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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; art. 2.4 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 238, 4 octubre 2013.

<sup>41</sup> Art. 5.3 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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; art. 5.3 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 238, 4 octubre 2013.

<sup>42</sup> Art. 5.4 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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; art. 5.4 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 238, 4 octubre 2013.

<sup>43</sup> Art. 6 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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; art. 6 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 238, 4 octubre 2013.

## II. El Registro Internacional

7. El Registro Internacional y la creación del concepto de “garantía internacional” forman las dos piezas claves del “Sistema de Ciudad del Cabo”. Sin embargo, para empezar, no coincide el carácter internacional del Registro con la naturaleza internacional de la garantía. Esto se debe a que no todas las garantías o derechos que tienen acceso al Registro Internacional son garantías internacionales<sup>44</sup>. Se pueden inscribir en el mismo, avisos de garantías nacionales y otros derechos o garantías no contractuales que serán tratados como garantías internacionales cuando así lo declare el Estado contratante<sup>45</sup>. Por lo tanto, el acceso al Registro Internacional no transforma el derecho o garantía inscrita en garantía internacional, porque la inscripción no es un requisito para la creación de una garantía internacional, sino que es una condición para que mantenga la prioridad frente a otras garantías concurrentes, y en supuestos de insolvencia del deudor<sup>46</sup>. Además habrá garantías nacionales, es decir, que se constituyan conforme al Derecho nacional, que a través de los correspondientes avisos de garantía nacional, tengan los mismos efectos que las garantías internacionales, así que convivirán ambas. Dicha garantía nacional, tras su inscripción en el Registro como aviso de garantía nacional, conferirá a su titular derechos más fuertes que la garantía nacional.

### 1. Características

8. El “Sistema de Ciudad del Cabo” se sustenta en un esquema registral propio, de manera que cada uno de los Protocolos cuenta con su propio Registro Internacional. A su vez, cada Registro está gestionado por un Registrador, que opera bajo la supervisión de una Autoridad supervisora<sup>47</sup>. El Registro Internacional para elementos de equipo aeronáutico está en funcionamiento desde la entrada en vigor del Protocolo Aeronáutico el 1 de marzo del 2006. La Autoridad supervisora, que es la OACI (*Organization Aviation Civil International*), es la encargada de nombrar al Registrador del Registro Internacional de garantías sobre objetos Aeronáuticos<sup>48</sup>. Además, la OACI tiene otras competencias, como la aprobación de normas de carácter más técnico, que entraron en vigor el mismo día del Protocolo, y que son las Normas del Registro Internacional (*Regulations for the International Registry*) y los Procedimientos del Registro Internacional (*International Registry Procedures*)<sup>49</sup>.

Pues bien, el Registrador en la actualidad es la compañía irlandesa *Aviareto*, que fue seleccionada en 2004 como encargada de dicho Registro Internacional y que sigue desempeñando esta función ac-

---

<sup>44</sup> Al respecto de lo que se considera garantía inscrita, dice el art. 1.cc Convenio: “Una garantía internacional, un derecho o una garantía no contractual susceptibles de inscripción o una garantía nacional especificada en un aviso de garantía nacional inscrita con arreglo al Capítulo V”.

<sup>45</sup> Art. 16 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>46</sup> T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 160.

<sup>47</sup> Art. 17 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>48</sup> El nombramiento de la OACI como Autoridad supervisora se produjo por una Resolución, en la Conferencia diplomática en la que se adoptó el Convenio y su Protocolo Aeronáutico, en virtud del art. XVII.1 del Protocolo. Para examinar el texto completo de dicha Resolución (*Resolution n° 2*) vid. R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, pp. 511-512.

<sup>49</sup> Para consultar la tercera edición de las Normas y Procedimientos del Registro Internacional, del año 2008, vid. R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, pp. 421-459. La última edición de las Normas y Procedimientos del Registro Internacional se realizó en el año 2014 y se corresponde con la sexta edición. Dichas normas están disponibles en línea en [http://www.icao.int/publications/Documents/9864\\_6ed\\_es.pdf](http://www.icao.int/publications/Documents/9864_6ed_es.pdf) (consultado el 16 de noviembre de 2016).

tualmente<sup>50</sup>. Dicho Registro es un recurso completamente electrónico, disponible en la dirección <https://www.internationalregistry.aero/ir-web/>, que tiene un carácter centralizado para su consulta universal *on-line*.

**9.** En cuanto a las características fundamentales del Registro Internacional son: a) es un registro solamente publicístico, es decir, en el que no se realiza ninguna calificación; b) el objeto de inscripción no es el deudor, sino el bien, en definitiva, se lleva a cabo la ordenación del registro por sistema de folio real; c) permite al acreedor preservar su rango por prioridad cronológica, siendo oponible frente a terceros; otorga prioridad frente a las garantías que no hayan sido inscritas en el Registro internacional, ni estén cubiertas por una declaración realizada por un Estado contratante en virtud del artículo 39; y se pueden inscribir los pactos de cesión y de subrogación, así como de subordinación de rango de las garantías; d) los efectos de la inscripción se producen desde el momento en que puede ser consultada.

Los criterios de consulta de los bienes aeronáuticos: células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros, serán el nombre del fabricante, el número de serie del fabricante y la designación del modelo genérico, además de la información necesaria para su identificación<sup>51</sup>.

**10.** Cada Estado contratante podrá designar una entidad o varias dentro de su territorio como puntos de acceso por medio de los cuales se transmitirá o se podrá transmitir al Registro Internacional la información necesaria para su inscripción, tal y como señala el art. XIX.1 del Protocolo Aeronáutico<sup>52</sup>. De manera, que si un Estado contratante designa un punto de acceso para poder transmitir la información al objeto de realizar la inscripción, dicho Estado contratante podrá establecer los requisitos, si los hubiera, para que esta información se transmita al Registro Internacional<sup>53</sup>.

En este sentido, el art. 12.1 de las Normas del Registro Internacional señala que cada Estado podrá designar un punto o varios puntos de acceso de conformidad con el art. XIX.1. Ahora bien, cada Estado contratante puede optar por designar puntos de acceso autorizantes o puntos de acceso directos. Los puntos de acceso autorizantes de un Estado contratante transmitirán o podrán autorizar la transmisión al Registro Internacional de la información necesaria para la inscripción de un derecho o garantía. Mientras que a través de los puntos de acceso directos de un Estado contratante se transmitirá o se podrá transmitir la información directamente al Registro Internacional para la inscripción de un derecho o garantía.

Un Estado contratante sólo puede designar que los puntos de acceso sean obligatorios en el caso de que se trate de una inscripción relativa a las células de aeronaves y a los helicópteros, de los cuales dicho Estado contratante es el Estado de matrícula<sup>54</sup>. Esta obligatoriedad no se produce en el caso de los

---

<sup>50</sup> La compañía *Aviareto* con sede en Dublín fue inicialmente nombrada para encargarse del funcionamiento del Registro Internacional desde la fecha de entrada en vigor del Protocolo durante un período de cinco años, a partir del cual será la OACI la que prorrogará el nombramiento por períodos de la misma duración o bien nombrará otro Registrador (art. XVII.5 Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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).

<sup>51</sup> Art. XX Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>52</sup> En este sentido, el art. 18 del Convenio establece que es el Protocolo y las Normas y Procedimientos del Registro Internacional los que señalen los requisitos de inscripción de las garantías.

<sup>53</sup> Art. 18.5 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>54</sup> Art. 12.2 Normas del Registro Internacional (R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 436).

motores, porque estos no están sujetos a la inmatriculación prevista en el Convenio de Chicago de 1944. En este mismo sentido, el art. XIX.2 del Protocolo señala que la inscripción de los motores a través de los puntos de acceso nacionales únicamente se podrá permitir, pero no imponer.

Se debe tener en cuenta que mediante de los puntos de acceso nacionales no se podrá realizar la transmisión de la información necesaria para la inscripción, cuando se trate de la inscripción de avisos de garantías nacionales o de derechos o garantías no contractuales susceptibles de inscripción que estén sometidas a las Leyes de un Estado diferente al que pertenece el punto de acceso<sup>55</sup>. Si no se trata de uno de estos casos señalados, el punto de acceso nacional puede designarse para realizar cualquier tipo de asiento previsto por el Registro, o para la cancelación o la modificación de inscripciones ya realizadas<sup>56</sup>.

**11.** Existen sin embargo, problemas derivados de las discordancias entre las disposiciones sustantivas del “Sistema de Ciudad de Cabo” con respecto a las cuestiones formales asociadas al Registro Internacional. Pero la mayor fuente de discusión deriva del propio sistema organizativo del Convenio, como consecuencia de la posibilidad otorgada por el Convenio, de que cada Estado contratante designe un “punto de acceso nacional”<sup>57</sup>. Por lo tanto, el Registro Internacional que responde a un modelo centralizado e internacional, puede verse distorsionado por los efectos de los “puntos de acceso nacionales”, si las entidades designadas como puntos de acceso nacionales establecen condiciones de acceso, transmisión o legitimación, que provoquen la disparidad nacional<sup>58</sup>.

Al respecto el Convenio establece que no se permitirá ninguna acción que deniegue el acceso al Registro de manera injustificada<sup>59</sup>. De hecho, en opinión de algunos autores los requisitos de Derecho interno, que deben respetarse de conformidad con el art. 18.5 del Convenio, no deben excederse de aquellos requisitos y procedimientos a los que el “Sistema de Ciudad del Cabo” somete al Registro Internacional, así como aquellos requisitos de naturaleza jurídico-pública que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio y su Protocolo Aeronáutico, tales como la imposición de tasas o aranceles<sup>60</sup>. En consecuencia, cualquier otro requisito debería ser descartado, aunque la realidad es bien diferente.

**12.** Pero además del problema señalado, se plantean una serie de cuestiones cuando se pretende inscribir un derecho o garantía en el Registro Internacional, no del todo resueltas por las disposiciones del “Sistema de Ciudad del Cabo” y la regulación del Registro Internacional. En primer lugar, en cuanto al ámbito de aplicación personal del Convenio y su Protocolo Aeronáutico, si el deudor está situado en un Estado contratante, la garantía internacional constituida puede acceder vía telemática al Registro Internacional, con independencia de que el Estado de registro sea o no un Estado contratante. Sin embargo, se debe tener en cuenta que si el Estado contratante de registro de la célula de aeronave o del helicóptero, establece un punto de acceso nacional, deben respetarse los requisitos para su inscripción en el Registro Internacional a través

---

<sup>55</sup> Art. XIX.1 Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>56</sup> I. HEREDIA CERVANTES, “Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo”, *La Ley mercantil*, núm. 21, 1 enero 2016, p. 7.

<sup>57</sup> Art. XIX.1 Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>58</sup> T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 161.

<sup>59</sup> Art. 26 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>60</sup> I. HEREDIA CERVANTES, “Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo”, *La Ley mercantil*, núm. 21, 1 enero 2016, p. 8.

de dicho punto de acceso nacional<sup>61</sup>. Por otro lado, si el deudor no está situado en un Estado contratante y no se puede crear la correspondiente garantía internacional, pero el Estado de registro es un Estado contratante con punto de acceso nacional, se acudiría a él para el acceso al Registro internacional del resto de garantías o derechos distintos de la garantía internacional previstos en el Convenio y su Protocolo Aeronáutico.

En segundo lugar, la transmisión a través de los puntos de acceso nacionales de las células de aeronaves y de los helicópteros, no es obligatoria para la inscripción de la garantía con respecto a los motores de aeronaves –ya que en todos los Estados no se les asigna un número de registro o matrícula, a diferencia de lo que sucede con las células o los helicópteros-, aunque se puede realizar a través de ellos<sup>62</sup>. Por lo tanto, habrá Estados que hagan la inscripción de los motores en el Registro Internacional a través de los puntos de acceso nacionales, y otros Estados que lo hagan directamente a través del Registro Internacional, de manera opcional.

En tercer lugar, no se puede designar un punto de acceso nacional, para la inscripción de avisos de garantías nacionales o de garantías o derechos no contractuales inscribibles constituidos bajo las Leyes de otro Estado<sup>63</sup>. En definitiva, un Estado contratante sólo puede realizar a través de su punto de acceso nacional, la inscripción de los avisos de garantías nacionales o derechos o garantías contemplados en el art. 40 del Convenio cuando se han constituido bajo su Derecho nacional; lo cual tiene su lógica.

En cuarto lugar, cada Estado contratante que designe uno o varios puntos de acceso nacionales, deberá establecer si se trata de un punto de acceso directo o autorizante, de lo cual tendrá conocimiento el Registrador<sup>64</sup>. Así pues, si un Estado contratante designa un punto de acceso autorizante para inscribir una garantía sobre una célula de aeronave o un helicóptero matriculados en dicho Estado contratante, pero la inscripción no respeta el procedimiento establecido, tal registro no será válido y el Registrador advertirá de ello al usuario mediante un mensaje electrónico<sup>65</sup>. De la misma manera, que si un Estado contratante ha establecido que la inscripción de las garantías sobre las células de las aeronaves o los helicópteros se realice obligatoriamente a través de un punto de acceso directo, pero no se efectúa a través del mismo, el Registrador avisará al usuario de la forma señalada. Sin embargo, en el caso de los motores como no es obligatoria la inscripción de su garantía o derecho a través del punto de acceso nacional designado, así que se puede optar o bien por realizar dicha inscripción a través del punto de acceso nacional, ya sea autorizante o directo, o bien directamente a través del Registro Internacional.

**13.** La razón fundamental de la decisión de un Estado de designar una entidad en su territorio como punto de acceso nacional es la de mantener el control sobre las condiciones de inscripción de operaciones que se venían registrando en su territorio por su vinculación con el mismo. Sin embargo, de los Estados que se han adherido al Convenio y a su Protocolo, sólo ocho han hecho la declaración del artículo XIX del Protocolo, designando puntos de acceso nacionales, entre ellos China, Emiratos Árabes

---

<sup>61</sup> Art. 12.1 Normas del Registro Internacional (R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 436).

<sup>62</sup> Art. XIX.2 Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>63</sup> Art. XIX.1 Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>64</sup> Art. 12.3 Normas del Registro Internacional (R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 436).

<sup>65</sup> Art. 12.5 Normas del Registro Internacional (R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 436).

o Estados Unidos<sup>66</sup>. Éste último ha designado al Registro de Aeronaves operado por la Administración Federal de Aviación (*FAA-Federal Aviation Administration*), como punto de acceso nacional. Pero a diferencia de lo que sucede con el sistema registral español de aeronaves, el Registro de Aeronaves de Estados Unidos, no sólo asigna número de matrícula a las aeronaves de nacionalidad estadounidense, sino que también atribuye ciertos derechos de garantía sobre las aeronaves civiles, los motores y las piezas de repuesto. El problema como ya se ha adelantado es que la FAA además de los requisitos establecidos para el procedimiento de inscripción en el Registro Internacional, solicita toda la documentación exigible por su normativa interna. Por lo tanto, se está desvirtuando la idea principal de que el Registro Internacional debía ser un registro centralizado, sin que cada Estado estableciese los mismos requisitos para la inscripción que los señalados para el acceso a su registro o registros nacionales.

Todos los Estados que han designado puntos de acceso nacionales, los han hecho estableciendo puntos de acceso autorizantes, salvo Emiratos Árabes que designó un punto de acceso directo, pero que tuvo que convertirlo en autorizante por los problemas que le generaba<sup>67</sup>. En este sentido, en el caso de España, el Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Registro de matriculación de aeronaves civiles, se establece que será el Registro de Bienes Muebles el punto de acceso nacional de la información necesaria para la realización de la inscripción internacional<sup>68</sup>. Así España lo ha señalado también, en la declaración realizada conforme al art. XIX.1 del Protocolo Aeronáutico en el momento de su adhesión, y que será valorada, al estudiar el Registro de Bienes Muebles como punto de acceso autorizante del Registro Internacional.

## 2. Tipos de garantías inscribibles

14. Los arts. 39, 40 y 60 del Convenio, junto con otras disposiciones relacionadas con estos artículos, se refieren a derechos (“*rights*” en la versión inglesa) o garantías (“*interests*” en la versión inglesa). Sin embargo, los términos “derechos” o “garantías” no están definidos por el Convenio de Ciudad del Cabo. En general una “garantía” conlleva un derecho *in rem* sobre un bien, mientras que un “derecho” es un derecho personal a la posesión o control de un bien sobre el cual el titular no tiene una garantía (como es el caso de un derecho de detención de una aeronave por las tasas aeroportuarias) o un derecho al pago, que entraría dentro de la definición de derechos accesorios<sup>69</sup>.

En definitiva, el Convenio contempla la protección de siete categorías de derechos o intereses adquiridos de forma originaria, frente a los adquiridos por cesión o subrogación, y que son:

15. **Las garantías internacionales.** Están destinadas a ser reconocidas en todos los Estados contratantes y son, por supuesto, la principal categoría de derechos o garantías amparada por el texto convencional. El concepto de garantía internacional adoptado por el “Sistema de Ciudad del Cabo” es un concepto autónomo, que no se ha tomado de ningún Derecho nacional.

El concepto de “garantía internacional” sobre elementos de equipo móvil es definida en el art. 2.2 del Convenio como: “(...) una garantía constituida con arreglo al artículo 7 sobre un objeto inequívocamente identificable, de una de las categorías de tales objetos enumeradas en el párrafo 3 y designada en el Protocolo: a) Dada por el otorgante en virtud de un contrato constitutivo de garantía; b) correspondiente a una persona que es el vendedor condicional en virtud de un contrato con reserva de dominio; o c) correspondiente a una persona que es el arrendador en virtud de un contrato de arrendamiento (...)”. El art. 41 del Convenio también establece que: “(...) se aplicará a la venta o a la venta

<sup>66</sup> Así el punto de acceso para México es el Registro Aeronáutico Mexicano, para los Emiratos Árabes es la empresa Ince Al Jallaf & Co (IAJ), para Albania es el Registro de Aeronaves, para China es el Registro de Derechos de Aeronaves, para Brasil es el Registro Aeronáutico Brasileño, para Ucrania es la Administración Estatal de Aviación y para Vietnam es la Administración de Aviación Civil.

<sup>67</sup> I. HEREDIA CERVANTES, “Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo”, *La Ley mercantil*, núm. 21, 1 enero 2016, p. 8.

<sup>68</sup> Disposición adicional sexta RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015.

<sup>69</sup> R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 23.

*futura de un objeto de conformidad con lo previsto en el Protocolo y sus modificaciones*”. El Protocolo amplía el ámbito de aplicación material del sistema de Ciudad del Cabo a los ventas y a los contratos de ventas, aunque a los mismos solamente les son de aplicación algunas disposiciones, en definitiva a las ventas –entendidas éstas como garantías- originadas por contratos de venta se les aplica el Convenio y su Protocolo aeronáutico de forma restrictiva (art. III del Protocolo).

Se deben resaltar tres aspectos de esta definición de garantía internacional realizada por el Convenio: 1) que corresponda a una categoría de objetos como son: “*a) células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros; b) material rodante ferroviario, y c) bienes de equipo espacial*” (art. 2.3 del Convenio); 2) que se otorgue en virtud de uno de los contratos anteriormente señalados (art. 2.2 del Convenio); 3) que se cumplan los requisitos formales para la constitución de la garantía conforme al art. 7 del Convenio, entre los que está que el objeto sea perfectamente identificable<sup>70</sup>. Por lo que respecta a la identificación del objeto, es suficiente con conocer el número de serie del fabricante, el nombre del fabricante y la designación del modelo genérico, tal y como establece el art. VII del Protocolo. El resto de requisitos de forma que deben cumplirse son: que el acuerdo se haya realizado por escrito; que exista poder de disposición del objeto aeronáutico por parte del deudor, del vendedor, del vendedor condicional o del arrendador; y que en el caso de los contratos constitutivos de garantías, las obligaciones garantizadas deben estar determinadas en dicho contrato, pero no es necesario establecer una cantidad o una cantidad máxima asegurada (art. 7 del Convenio).

16. Por lo que respecta al contrato de venta, es definido por el Convenio como un contrato para la venta de un objeto por un vendedor a un comprador, dejando claro que no es un contrato de los tres tipos de contratos señalados en el art. 2.2 del Convenio (art. 1.g). Pero además, define a la venta como la transferencia de la propiedad de un objeto en virtud de un contrato de venta (art. 1.gg). Para que se aplique el “Sistema de Ciudad del Cabo” a las ventas es preciso que así lo señale el Protocolo<sup>71</sup>.

Pues bien, es el art. III del Protocolo el que establece que algunas de las disposiciones del “Sistema de Ciudad del Cabo” serán de aplicación a las ventas, así como las equivalencias de ciertos términos, de manera que las referencias a una garantía internacional, una garantía internacional futura, el acreedor y el deudor se entenderán realizadas a una venta, una venta futura, el comprador y el vendedor, respectivamente. También señala que las referencias a un acuerdo que crea o prevé una garantía internacional se entienden realizadas a un contrato de venta. Por lo tanto, es la venta como transmisión de la propiedad el equivalente de la garantía internacional, mientras que el contrato de venta equivaldría a alguno de los contratos antes señalados.

Sin embargo, existen disposiciones del “Sistema de Ciudad del Cabo” que no se aplican a las ventas, para empezar el artículo 2 del Convenio, en el que se aborda la constitución de la garantía internacional, lo cual es lógico porque no es posible que el comprador obtenga una garantía internacional cuando la propiedad del objeto es suya<sup>72</sup>. Las disposiciones del Convenio, en definitiva, que son de

<sup>70</sup> En cuanto a los tres aspectos señalados necesarios para constituir una garantía internacional, la profesora T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL les atribuye una denominación: elemento objetivo, elemento contractual y elemento formal, haciendo referencia respectivamente al contenido de los arts. 2.3, 2.2 y 7 del Convenio (T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 43).

<sup>71</sup> Art. 41 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>72</sup> Por lo tanto, todo el capítulo III del Convenio, de especial importancia porque se establecen las medidas a realizar por el acreedor garantizado, el vendedor con reserva de dominio o el arrendador en caso de incumplimiento, no son de aplicación a las ventas. No es de aplicación el art. 29.3 del Convenio sobre reglas de prioridad, de manera que el comprador de un objeto aeronáutico puede inscribir su garantía. Sin embargo, las ventas no podrían ser objeto de cesión porque no se garantiza ningún derecho de pago sobre un contrato de venta, así que el capítulo IX del Convenio también se excluye. El capítulo XI del Convenio tampoco se aplica a las ventas porque es sustituido por el art. III del Protocolo. En ningún caso el art. 43 del Convenio referente a la jurisdicción en el caso de las medidas provisionales es susceptible de aplicarse a las ventas, porque el artículo 13 (capítulo III de Convenio) referente a medidas provisionales no se aplica a las ventas. Y por último, el art. 60 sobre garantías preexistentes no es de aplicación a las ventas porque es innecesario.



aplicación a las ventas son: definiciones, ámbito de aplicación personal, interpretación y ley aplicable, Registro Internacional, efectos de la insolvencia, declaraciones de los arts. 39 y 40, jurisdicción, salvo la referente a las medidas provisionales, relación con otros Convenios y disposiciones finales, salvo las del artículo 60 del Convenio<sup>73</sup>.

En consecuencia, cualquier referencia que se haga al acreedor, por extraño que parezca, se entenderá realizada a comprador y al deudor, se le asimilará con el vendedor<sup>74</sup>. Así, si el ámbito de aplicación personal es que el deudor esté domiciliado en un Estado contratante en virtud del art. 3 del Convenio; en el caso de las ventas, será de aplicación el Convenio y su Protocolo cuando sea el vendedor el que está domiciliado en un Estado contratante. De la misma manera que es el comprador el legitimado para proceder a la inscripción, puesto que en el caso de los contratos de garantía es el acreedor.

Una venta lleva implícita una transferencia de propiedad, de manera que un simple acuerdo para vender en el que la propiedad no ha pasado al comprador no puede registrarse como una venta, pero sí que puede registrarse como una venta futura o, si contiene una expresa reserva de dominio, como un contrato de compraventa con reserva de dominio<sup>75</sup>. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento con opción de compra, el arrendatario podría ser un comprador futuro. Por lo tanto, el arrendador puede registrar su derecho como arrendador, mientras que el arrendatario puede registrar su derecho separado como comprador futuro. El ejercicio de la opción de compra extingue el derecho del arrendador, mientras que cancela la inscripción del arrendatario referente a la opción de compra y pasa a estar registrado como comprador. Pero esto se podría evitar si el arrendatario hubiese registrado su derecho como una compra futura para evitar ser desplazado por otro comprador o comprador futuro al cual el arrendador vende o acuerda vender el objeto, y se registró primero. Si la opción de compra no se ejerce o se extingue por la terminación del contrato de arrendamiento por incumplimiento, el arrendador procederá a la cancelación de la inscripción como compra futura.

Para que sea considerada una transacción como una venta a efectos del Convenio, es necesario que se realice a través de un contrato en el que se produce la venta completa del objeto aeronáutico, por la cual la garantía del vendedor pasa inmediatamente al comprador. Por lo tanto, una factura de venta (“*bill of sale*” en inglés) puede ser considerada una garantía inscribible, pero un contrato de compraventa en el que se establece la entrega de la factura de venta no sería considerado como tal, en todo caso el contrato de compraventa puede llegar a ser una venta futura registrable.

Por último, en relación con las ventas, dado que en la práctica han adquirido gran relevancia los programas de *fractional aircraft ownership* se van a abordar los *fractional interests*. Una garantía adquirida sobre un objeto aeronáutico mediante un contrato de venta, puede corresponder a una sola parte o a múltiples partes. Pero también es común que se adquiera la propiedad entre varios copropietarios en la que se especifican los porcentajes o fracciones de la garantía que a cada uno le correspondería, denominados *fractional interests*. El Convenio no aborda expresamente los *fractional interests*, pero nada obsta a que sean tratados como una garantía separada. Cada compra de un *fractional interest* sobre un objeto aeronáutico se puede registrar de manera separada, así si un objeto aeronáutico se vende en 40%, un 20% y un 30% a distintas compañías, las tres ventas son registrables en el Registro Internacional<sup>76</sup>. De la misma manera que la compra de un *fractional interest* puede ser financiado por un acreedor diferente, que también garantiza o asegura ese particular *fractional interest*, por lo que también cada uno constituye una garantía internacional y puede ser registrado también. En los casos de *fractional interest* que, como se ha visto, se constituyen sobre partes diferentes del objeto aeronáutico, compiten al mismo nivel dentro de las reglas de prioridad. Sin embargo, existen dos excepciones: 1) cuando la misma

<sup>73</sup> También existen disposiciones del Protocolo que no se aplican a las ventas y que están en relación con las que no se aplican del Convenio y que son los arts. IX a XIII (modificaciones de las medidas en caso de incumplimiento y de insolvencia), el artículo XV (modificación de las medidas relativas a las cesiones) y el art. XVI (disposiciones relativas al deudor, salvo en relación a la capacidad del deudor como comprador) (R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 309).

<sup>74</sup> R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 310.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 310-311.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 31.

parte de un mismo *fractional interest*, es vendida a compradores bajo diferentes contratos de venta o son garantizados por diferentes acreedores; 2) cuando los vendedores juntos que venden o los deudores que garantizan mediante los *fractional interest*, exceden el 100% del valor del objeto. En estos casos, la prioridad es determinada por orden de registro.

17. Se debe añadir que también se encuentran dentro de esta categoría de garantías internacionales las que podríamos denominar como sub-garantías (*sub-interests* en la versión inglesa), que son garantías internacionales en favor de una persona que a su vez ha sido garantizada por una garantía principal. Ejemplos de subgarantías son las garantías internacionales que surgen en favor de un comprador condicional que ha alquilado el bien adquirido o en favor del arrendatario que ha concedido un *sub-leasing*<sup>77</sup>.

18. *Las garantías internacionales futuras*. Son aquellas garantías internacionales que se pretenden crear o constituir en el futuro sobre un objeto aeronáutico ya existente e identificable (art. 1.y). Dichas garantías se pueden registrar como tales, aunque no se llegue a producir el hecho del que deriva su creación, como en el caso de que las partes estén negociando las condiciones del contrato o que el deudor todavía no haya adquirido un derecho sobre el objeto aeronáutico que va a ser gravado<sup>78</sup>. Sin embargo, su eficacia está supeditada a que se convierta en una garantía internacional, cumpliendo, claro está, los requisitos del art. 7 del Convenio. En el caso de que finalmente se constituya la garantía internacional, ésta gozará de prelación desde el momento de la inscripción de la garantía internacional futura.

19. *Las garantías nacionales*. Son aquellas garantías inscritas bajo un sistema de registro nacional, creadas en virtud de una transacción interna, es decir, en un supuesto en el que todas las conexiones se encuentren en un mismo Estado, con respecto a las cuales el Estado contratante ha hecho una declaración conforme al art. 50 del Convenio, con el objetivo de excluir la aplicación del mismo a dichas transacciones internas<sup>79</sup>. Sin embargo, el efecto de esta exclusión es limitado. En primer lugar, estas garantías nacionales pueden tener eficacia internacional si se inscriben en el Registro Internacional como un aviso de garantía nacional, asegurándose la prioridad de la misma forma en que se beneficiaría una garantía internacional<sup>80</sup>. En segundo lugar, a dichas garantías nacionales les siguen siendo de aplicación las reglas de prioridad del Convenio, así como diversas disposiciones del Convenio<sup>81</sup>.

Tan sólo cinco Estados contratantes de los que han ratificado el Convenio y su Protocolo Aeronáutico, han hecho la declaración del art. 50, para que no se apliquen las normas del Convenio a las garantías nacionales, entre los que se debe mencionar China por su importancia en la industria aeronáutica<sup>82</sup>. En el caso de España, como no hizo la declaración del art. 50 en el momento de su adhesión al Convenio no tiene que hacer avisos de garantías nacionales, para que ganen prioridad internacional.

20. *Los derechos o garantías no contractuales no inscritos*. El Convenio permite que mediante la declaración contemplada en su art. 39.1.a), los Estados contratantes designen aquellos derechos o garantías no contractuales que, conforme a su ordenamiento nacional, gozarían de una prioridad equivalente a

<sup>77</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>79</sup> El art. 1.n del Convenio define transacción interna: “(...) cuando el lugar en el que están concentrados los intereses de todas las partes en esa transacción está situado, y el objeto pertinente se encuentra (como se especifica en el Protocolo), en el mismo Estado contratante en el momento en el que se celebra el contrato y cuando la garantía creada por la transacción ha sido inscrita en un registro nacional en ese Estado contratante que ha formulado una declaración en virtud del párrafo 1 del art. 50 (...)”. Si el Estado no hace la declaración conforme al art. 50 del Convenio, tales garantías serán registradas como garantías internacionales.

<sup>80</sup> R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 24.

<sup>81</sup> Entre las disposiciones que le siguen siendo de aplicación a pesar de que el Estado contratante haga la declaración en virtud del art. 50 del Convenio, son las de los arts. 8.4, 9.1 y 16, y las del Capítulo V.

<sup>82</sup> La declaración realizada por China en este sentido es la siguiente: “4. *Declaration under Article 50(1) of the Convention: The Convention shall not apply to a transaction which is an internal transaction in relation to the PRC.*” (disponible en línea en <http://www.unidroit.org/status-2001capetown?id=463> (consultado el día 16 de noviembre de 2016)).

las garantías internacionales<sup>83</sup>. De tal manera, que gozarían de prioridad sobre garantías internacionales inscritas, en el marco de procedimientos de insolvencia si así se establece, o incluso sobre garantías internacionales inscritas antes de la ratificación del Protocolo aeronáutico (arts. 39.1.a) y 39.4). Serían ejemplos de estos derechos o garantías no contractuales no inscritos susceptibles de protección: los créditos laborales, los créditos fiscales, premios por salvamento o derechos de retención que permitan al poseedor conservar la cosa hasta que le sean satisfechos por el deudor determinados créditos relacionados con ellos.

También un Estado puede declarar tal y como señala el art. 39.1.b) que: “(...) ninguna de las disposiciones del presente Convenio afectará al derecho de un Estado o de una entidad estatal, de una organización intergubernamental o de otro proveedor de servicios públicos a embargar o detener un objeto en virtud de las leyes de dicho Estado por el pago de las cantidades adeudadas a esa entidad, organización o proveedor en relación directa con esos servicios respecto de ese objeto o de otro objeto”. A efectos de esta disposición es totalmente irrelevante si el derecho de embargo o detención está previsto por la ley o por el contrato. La calificación como contractual o no contractual deberá realizarse conforme al ordenamiento del Estado que haga la declaración.

La mayoría de los Estados, entre los que está España han realizado las declaraciones conforme a los arts. 39.1.a) y 39.1.b)<sup>84</sup>. Así que España en su reciente adhesión al Protocolo Aeronáutico, ha realizado la siguiente declaración por lo que respecta al art. 39.1.a): “(...) El Reino de España declara que todas las categorías de derechos o garantías no contractuales que conforme a la ley española tienen y tendrán prioridad en el futuro sobre una garantía relativa a un objeto que sea equivalente a la del titular de una garantía internacional inscrita, tendrán prioridad en igual medida sobre una garantía internacional inscrita, tanto dentro como fuera de un procedimiento de insolvencia, y tanto si fue registrada antes o después de la adhesión del Reino de España”<sup>85</sup>. En el caso de España, se corresponden básicamente con los contemplados: en el art. 133 de la Ley española de Navegación Aérea de 1960, que recoge los créditos privilegiados y en el art. 41 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de 1954, que protege las remuneraciones por salvamento<sup>86</sup>.

Por lo que respecta a la declaración realizada por España en virtud del art. 39.1.b), es tan genérica como la arriba señalada: “(...) el Reino de España declara que ninguna de las disposiciones del presente Convenio afectará su derecho o el de una entidad pública, organización internacional de la

<sup>83</sup> R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, pp. 24-25.

<sup>84</sup> Se puede ver la diferencia entre las declaraciones realizadas en relación con dicho artículo. En primer lugar, la declaración realizada por Estados Unidos más general: “(1) Pursuant to Article 39 of the Convention - (A) all categories of non-consensual rights or interests which under United States law have and will in the future have priority over an interest in an object equivalent to that of the holder of a registered international interest shall to that extent have priority over a registered international interest, whether in or outside insolvency proceedings; and (B) nothing in the Convention shall affect the right of the United States or that of any entity thereof, any intergovernmental organization in which the United States is a member State, or other private provider of public services in the United States to arrest or detain an aircraft object under United States law for payment of amounts owed to any such entity, organization, or provider directly relating to the services provided by it in respect of that object or another object.” (disponible en línea en <http://www.unidroit.org/status-2001capetown?id=496> (consultado el 16 de noviembre de 2016)). En segundo lugar, la declaración realizada por China, en la que se detallan los derechos o garantías no contractuales que gozan de prioridad: “1. Declaration under Article 39(1)(a) of the Convention: All non-consensual rights or interests which have priority over secured creditors under the law of the PRC shall have priority without registration over registered international interests, including but not limited to: claim for bankruptcy expenses and community debts, employee’s wages, taxes arising prior to the mortgage, pledge or lien of the civil aircraft, claim for remuneration for rescuing the civil aircraft, claim for necessary expenses incurred for the custody and maintenance thereof of the civil aircraft, etc. Declaration under Article 39(1)(b) of the Convention: Nothing in this Convention shall affect the right of a State or State entity, intergovernmental organization or other provider of public services to arrest or detain an object under the laws of the PRC for payment of amounts owed to such entity, organization or provider directly relating to those services in respect of that object or another object. Declaration under Article 39(4) of the Convention: A right or interest of a category covered by the declaration made under Article 39(1)(a) shall have priority over an international interest registered prior to the date of ratification of the Protocol.” (disponible en línea en <http://www.unidroit.org/status-2001capetown?id=463> (consultado el 16 de noviembre de 2016)).

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> Art. 133 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 313, 31 diciembre 1969; art. 41 de la Ley de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, BOE núm. 352, 18 diciembre 1954.

que el Reino de España sea parte u otro proveedor privado de servicios públicos en el Reino de España a embargar o detener un objeto en virtud de las leyes españolas para el pago de las cantidades adeudadas al Reino de España o a cualquiera de las mencionadas entidades, organizaciones o proveedores que tengan una relación directa con los servicios prestados respecto de ese u otro objeto<sup>87</sup>. Se trata en definitiva de garantizar el derecho de los prestadores de servicios públicos, con independencia de que se trate de entidades estatales, privadas o incluso intergubernamentales, como por ejemplo Eurocontrol, a retener un bien para lograr el pago de las deudas por los servicios que hubieran prestado.

**21. Los derechos o garantías no contractuales susceptibles de inscripción.** Se diferencian de la categoría anterior porque su prioridad depende de su inscripción en el Registro Internacional<sup>88</sup>. Como la categoría anterior, son derechos y garantías no contractuales porque no nacen del acuerdo entre las partes, que es precisamente uno de los requisitos para la constitución de las garantías internacionales, y serían, por ejemplo, los embargos o los privilegios legales. Pues bien, el Convenio permite a los Estados que hagan una declaración de conformidad con el art. 40, estableciendo las garantías o derechos de naturaleza no contractual y creados de acuerdo con su ley nacional, que podrán inscribirse en el Registro Internacional como si fueran garantías internacionales y ser tratados como tales. Si tales derechos o garantías no contractuales no se inscriben, no ganarán la prioridad que le otorga el Convenio y tendrán un efecto muy limitado bajo el Convenio. De hecho, únicamente se aplicaría el Convenio al hecho de que el titular del derecho o garantía no contractual inscribible pero que no se ha inscrito, sea tratado como persona interesada a los efectos del ejercicio de medidas en caso de incumplimiento. Cuestión esta última, relevante por ejemplo, porque deberá recibir un aviso por escrito y con una antelación razonable del acreedor garantizado que decide vender o arrendar el objeto aeronáutico ante el incumplimiento del deudor, posibilidad que se contempla en el art. 8.4 del Convenio<sup>89</sup>.

Como en el caso de la anterior categoría, un buen número de Estados han realizado la declaración contemplada en el art. 40 del Convenio<sup>90</sup>. De hecho, España ha señalado que los derechos o garantías no contractuales que deben gozar del prioridad internacional son: “a) derechos de una persona que haya obtenido una orden judicial que autorice el embargo de un objeto aeronáutico para el cumplimiento total o parcial de la resolución de un Tribunal, y b) gravámenes u otros derechos de una entidad estatal en relación con impuestos u otros tributos no abonados<sup>91</sup>. Estos pueden inscribirse

<sup>87</sup> 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.

<sup>88</sup> R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 25.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>90</sup> Existen también diferencias en las declaraciones relativas al art. 40 del Convenio. En primer lugar, la declaración realizada por la India es la siguiente: “(iii) Form No. 6 (Declaration under Article 40): The following categories of non-consensual right or interest shall be registrable under the Convention as regards any category of aircraft object as if the right or interest were an international interest and shall be regulated accordingly, namely:-(a) liens in favour of airline employees for unpaid wages arising prior to the time of a declared default by that airline under a contract to finance or lease an aircraft object; (b) liens or other rights of an authority of India relating to taxes or other unpaid charges arising from or related to the use of an aircraft object and owed by the owner or operator of that aircraft object, arising prior to the time of a declared default by that owner or operator under a contract to finance or lease that aircraft object; and (c) rights of a person obtaining a court order permitting attachment of an aircraft object in partial or full satisfaction of a legal judgment.” (disponible en línea en <http://www.unidroit.org/status-2001capetown?id=468> (consultado el 29 de octubre de 2015)). Mientras que la declaración realizada por Emiratos Árabes es: “(iii) Form No. 6 (Declaration under Article 40) The United Arab Emirates declares that the following categories of non-consensual right or interest: (a) rights of a person obtaining a court order permitting attachment of an aircraft object in partial or full satisfaction of a legal judgement; (b) liens in favour of workers for unpaid wages arising prior to the time of a declared default under a contract to finance or lease the subject object; (c) liens or other rights of a state entity relating to taxes or other unpaid charges arising; (d) all other nonconsensual rights or interests which under the law of the United Arab Emirates could have priority over the rights of secured creditors – shall be registrable under the Convention as regards any category of object as if the right or interest were an international interest and shall be regulated accordingly.” (disponible en línea en <http://www.unidroit.org/status-2001capetown?id=494> (consultado el 16 de noviembre de 2016)).

<sup>91</sup> 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.

en virtud del Convenio como si se tratara de derechos o garantías internacionales y serán regulados como tales.

**22. Los derechos accesorios**, se definen como todos los derechos al pago o a otra forma de ejecución por un deudor en virtud de un contrato y que estén garantizados por el objeto o relacionados con el mismo (art. 1.c). Por lo tanto, los derechos personales de crédito sin garantía real están fuera del ámbito de aplicación del Convenio, salvo la preservación de la eficacia contractual de derechos legales y contractuales de embargo o detención del objeto aeronáutico, reconocidos en virtud de las leyes del Estado, por las cantidades adeudadas al prestador de servicios públicos, siempre que el Estado contratante haga una declaración en este sentido conforme al art. 39.1.b) del Convenio<sup>92</sup>. En cualquier caso, la importancia de estos derechos accesorios se limita casi de forma exclusiva a los supuestos en los que son objeto de cesión.

Los derechos accesorios no son inscribibles, pero están en relación con la cesión de derechos, que sí que lo son.

**23. Los derechos o garantías preexistentes.** El Convenio no es de aplicación a tales derechos o garantías preexistentes, salvo que el Estado contratante declare otra cosa distinta en virtud del art. 60.3 del Convenio<sup>93</sup>. Por lo tanto, si no se realiza tal declaración, los derechos o garantías preexistentes de un Estado contratante conservarán la prioridad que tuviesen según la ley aplicable antes de la fecha en que tenga efecto el Convenio, que es -con relación a un deudor-, la fecha posterior de entre las dos siguientes: la de entrada en vigor del Convenio y la de incorporación como Estado contratante del Estado donde el deudor está situado (art. 60.1 y 60.2.a)).

España por su parte no ha hecho la declaración en virtud del art. 60.3 del Convenio, por lo que el Convenio no se aplicará a estos derechos. En este sentido, a excepción de Canadá y México, ningún Estado contratante ha hecho la declaración con respecto a garantías preexistentes.

### III. La "implementación" en España del Registro Internacional

**24.** En el nuevo Real Decreto sobre matriculación de aeronaves civiles del año 2015, se añadió la disposición adicional sexta con el objeto de intentar articular la relación entre el Registro Internacional y los dos registros que existen en España, donde es posible la inscripción de las aeronaves o de los objetos aeronáuticos, como son las células de las aeronaves, los motores de las aeronaves y los helicópteros, y que son el Registro de Bienes Muebles y el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles<sup>94</sup>. Para adelantar ya uno de los problemas que se plantean es que en el Registro Internacional se inscriben garantías en relación con objetos aeronáuticos, mientras que cuando se trata de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles y en el de Matrícula, se está haciendo referencia a aeronaves, con los motores instalados. Lo cual no quiere decir que en el Registro de Bienes Muebles no se puedan inscribir los derechos de manera separada sobre los motores. Sin embargo, no se pueden inscribir en el Registro de Matrícula, pues los motores no gozan de matrícula, tal y como señala el Convenio de Chicago de 1944.

Por esta razón, se van a explicar los dos registros españoles, pues son los que van a estar en relación con el Registro Internacional, con el objetivo de que el "Sistema de Ciudad del Cabo" sea implementado de manera efectiva en España.

<sup>92</sup> R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 26.

<sup>93</sup> Sobre las importantes normas de Derecho transitorio contempladas en el art. 60.3 del Convenio *vid.* R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, pp. 95-96.

<sup>94</sup> Si bien en otros países existe un único registro donde se inscribe la matrícula de la aeronave, así como los derechos y gravámenes, este es el sistema predominante en Iberoamérica, en países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Méjico, Paraguay, Uruguay o Venezuela, aunque también lo han adoptado algunos países de Europa como Francia, Italia, Portugal o Suecia. Mientras que en otros países existe un doble sistema registral como en España siendo este el caso de algunos países de Iberoamérica, como Bolivia, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y El Salvador. Este sistema de doble registro dificulta la "implantación" del Registro Internacional en España.

## 1. El Registro de Bienes Muebles como punto de acceso autorizante

25. Además de las declaraciones que ha realizado España en otras materias, se va a citar de manera literal, la realizada con respecto al Registro Internacional de conformidad con el art. XIX.1 del Protocolo aeronáutico: *“El Registro de Bienes Muebles será el punto de acceso que autorizará la transmisión al Registro Internacional de la información necesaria para la inscripción con relación a las células de aeronaves o helicópteros matriculados en el Reino de España o en proceso de matriculación, y que podrá autorizar la transmisión de la mencionada información a dicho Registro con relación a los motores de aeronaves”*.

España ha optado pues por un punto de acceso autorizante, que será obligatorio para las células de aeronaves y los helicópteros, mientras que será opcional en el caso de los motores de aeronaves, que podrán inscribirse o bien a través del Registro de Bienes Muebles o directamente a través del Registro Internacional<sup>95</sup>.

26. *El Registro de Bienes Muebles* es actualmente donde se registran las titularidades y gravámenes que existen sobre las aeronaves, aunque en un primer momento tales inscripciones se registraban en el Registro Mercantil<sup>96</sup>.

El art. 179 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 es el que establece que se inscribirán en dicho Registro Mercantil las aeronaves de nacionalidad española y de propiedad privada que se destinen o puedan destinarse a usos industriales o mercantiles<sup>97</sup>. Sin embargo, la disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación señalaba que las aeronaves debían inscribirse en la sección primera del Registro de Bienes Muebles<sup>98</sup>. Con lo cual se suscitó la cuestión de si las aeronaves debían seguir siendo objeto de inscripción en el Registro Mercantil. La respuesta a esta pregunta fue resuelta a través de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 2000, sobre determinadas cuestiones derivadas de la creación del Registro de Bienes Muebles, que señaló que: *“En la sección de buques y aeronaves (sección primera) del nuevo Registro de Bienes Muebles se deben practicar todas las inscripciones de actos y contratos relativas a embarcaciones y aeronaves, con independencia (con relación a los buques) de la lista en la que estén inscritas en el Registro administrativo correspondiente. Cada uno de los actos, contratos y gravámenes (compraventas, al contado o a plazos, arrendamientos, hipoteca naval o mobiliaria, anotación de embargo o demanda, ejecución forzosa, etcétera) que se rea-*

<sup>95</sup> Art.12.2 Normas del Registro Internacional (R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008, p. 436).

<sup>96</sup> Cuando se crea el Registro de Bienes Muebles en 1999 se establece: *“El Registro de Bienes Muebles es un Registro de titularidades y gravámenes sobre bienes muebles, así como de condiciones generales de la contratación. Dentro de cada una de las secciones que lo integran se aplicará la normativa específica reguladora de los actos o derechos inscribibles que afecten a los bienes, o a la correspondiente a las condiciones generales de la contratación”* (Apartado 2 de la disposición adicional única RD 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, BOE núm. 306, 23 diciembre 1999).

<sup>97</sup> Aunque el Reglamento del Registro Mercantil vigente es el de 1996, en lo que respecta a la inscripción de buques y aeronaves sigue estando en vigor el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, aprobado por el Decreto de 14 de diciembre de 1956 (BOE núm. 66, 7 marzo 1957; corrección de errores en BOE núm. 73, 14 marzo 1957). *Vid.* Disp. Trans. 13<sup>a</sup>. del RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, BOE núm. 184, 31 julio 1996. Por lo tanto, de dicho Reglamento del Registro Mercantil de 1956 está en vigor en materia de inscripción de aeronaves, el Título VI.

<sup>98</sup> Apartado 1 de la disposición adicional única RD 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, BOE núm. 306, 23 diciembre 1999. El cambio de la inscripción de las titularidades y gravámenes de las aeronaves, desde el Registro Mercantil al Registro de Bienes Muebles se produce como consecuencia de la disposición final segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades (BOE núm. 178, 27 julio 1989), que autorizó al Gobierno para la regulación del Registro de Bienes Muebles, en el cual se unificarían los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento y los de Buques y Aeronaves. De la misma manera, que la disposición adicional tercera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE núm. 167, 14 julio 1998), establece que el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se integraría en el Registro de Bienes Muebles, a cargo de los registradores de la propiedad y mercantiles, según dispusiera su Reglamento. De momento, no está en vigor el Reglamento del Registro de Bienes Muebles.

*licen sobre tales bienes serán calificados y en su caso inscritos o anotados preventivamente dentro de dicha Sección por el Registrador de Bienes Muebles*<sup>99</sup>. Por lo tanto, queda suficientemente claro que las titularidades y gravámenes de las aeronaves se inscriben en el Registro de Bienes Muebles; pero habría que determinar qué Registrador será el competente para llevar a cabo las inscripciones.

Se puede deducir de lo anterior que el Libro de Aeronaves sólo existía en el Registro Mercantil territorial de Madrid desde 1956<sup>100</sup>. Y fue el mencionado Real Decreto 1828/1999 el que en su disposición transitoria única el que estableció que hasta que no se modificase la demarcación registral correspondiente al Registro de Bienes Muebles, las secciones que lo formaran seguirían a cargo del registrador de la propiedad y mercantil que en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto tuviese la competencia<sup>101</sup>. Por lo tanto, la competencia se atribuye al Registro Mercantil Provincial de Madrid por ser la única provincia donde existe Registro de Matrícula de aeronaves, de manera que queda en suspenso el criterio sostenido en el apartado 4 de la disposición transitoria de la Ordenanza de 19 de julio de 1999 para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que atribuye al Registro Central de la Propiedad Mobiliaria la competencia sobre la inscripción de aeronaves<sup>102</sup>. Esto por lo que respecta a la inscripción del dominio y demás actos y contratos de trascendencia real relativos a la aeronave, según el art. 177 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956<sup>103</sup>.

Sin embargo, aunque los arts. 177 a 190 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 no prevén expresamente la inscripción de los contratos de venta a plazos y arrendamientos sobre aeronaves, la Ley 28/1998 de Venta a Plazos de Bienes Muebles sí que contempla la inscripción de dichos contratos ya que las aeronaves son bienes corporales no consumibles e identificables<sup>104</sup>. Y es la Ordenanza de 19 de julio de 1999 antes citada, la que señala que será competente para la inscripción de los contratos de venta a plazos y de arrendamientos sobre aeronaves, el Registro correspondiente al domicilio del comprador o arrendatario, o siendo varios, el de cualquiera de ellos<sup>105</sup>. Por lo tanto, en principio los Registradores Mercantiles Provinciales a cargo del Registro de Bienes Muebles serán también competentes para inscribir en su sección primera (buques y aeronaves), los contratos de venta a plazos y de arrendamiento financiero de aeronaves, siendo el domicilio del comprador o del arrendatario el criterio determinante de la competencia<sup>106</sup>.

Pero se añade en la Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2001 que una vez inmatriculada la aeronave en virtud de uno de los criterios anteriores, el Registro donde se hubiera inmatriculado será competente para la inscripción de los demás actos y contratos sobre la aeronave, dado el principio de tracto sucesivo que caracteriza a los Registros de bienes<sup>107</sup>.

<sup>99</sup> Resol. DGRN de 11 de abril de 2000, *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, vol. I, 2000, pp. 2129-2131.

<sup>100</sup> Dicho Libro de Aeronaves estaba en el Registro Mercantil de Madrid, porque es donde se encontraba la sede del Registro de Matrícula. Pues el art. 177 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, aprobado por el Decreto de 14 de diciembre de 1956 (BOE núm. 66, 7 marzo 1957; corrección de errores en BOE núm. 73, 14 marzo 1959) establecía: “En el Registro Mercantil de la provincia donde hubiere matrícula de aeronaves se abrirá una sección especial para la inscripción del dominio y demás actos y contratos de trascendencia real relativos a las mismas”.

<sup>101</sup> Disposición transitoria única RD 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, BOE núm. 306, 23 diciembre 1999. También lo establece la Resol. DGRN de 11 de abril de 2000, *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, vol. I, 2000, pp. 2129-2131.

Así como la 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.

<sup>102</sup> Apartado 4 disposición transitoria Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE núm. 172, 20 julio 1999; 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.

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> Disposición adicional primera Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE núm. 167, 14 julio 1998.

<sup>105</sup> Art. 9 Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE núm. 172, 20 julio 1999; 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.

<sup>106</sup> Se señala en principio porque como se verá más adelante en la práctica esto no es así.

<sup>107</sup> 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.

27. Se debe recordar que la primera inscripción de la aeronave se debe realizar en el Registro de Matrícula, para la obtención de la matrícula, ya sea adquirida en virtud de un título de propiedad, de un contrato de arrendamiento o cualquier otro título traslativo de posesión o uso de la aeronave<sup>108</sup>. Posteriormente se inscribirán cuando proceda en el Registro de Bienes Muebles, de conformidad con su normativa específica<sup>109</sup>. Sin embargo, el art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 señala que la primera inscripción de la aeronave ha de ser obligatoriamente la del dominio<sup>110</sup>. Esto provoca que si la aeronave se inscribe en el Registro de Matrícula en virtud de un contrato de arrendamiento sobre la misma, dicho contrato no va a poder ser inscrito en el Registro de Bienes Muebles por el Registrador Mercantil de Madrid. Pero además, si la aeronave ya consta en el Registro de Bienes Muebles de Madrid por un título de propiedad, los contratos de arrendamiento posteriores no van a poder ser inscritos por los Registradores Mercantiles de otras provincias, como por ejemplo el de Sevilla -debido a que el domicilio del arrendatario se encuentre en ese lugar- porque como consecuencia del principio de tracto sucesivo, cualquier arrendamiento posterior deberá inmatricularse en el Registro de Bienes Muebles de la provincia donde se hubiere inmatriculado en primer lugar, que es el Registro de Bienes Muebles de Madrid, a cargo de los Registradores Mercantiles de Madrid. En definitiva, el Registro de Bienes Muebles de Madrid es el único Registro competente para la inscripción de las aeronaves, porque es en Madrid donde se ubica el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, a pesar de los argumentos esgrimidos por la Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2001 otorgando también la competencia a los Registros de Bienes Muebles de otras provincias<sup>111</sup>.

28. Por lo que respecta a los motores, la Resolución de la DGRN del 29 de enero de 2001 establecía que eran inscribibles en el Registro de Bienes Muebles, tanto los motores de aeronaves como las piezas de repuesto, siempre que reúnesen los caracteres de bienes identificables, en virtud del art. 6.2 de la Ordenanza de 19 de julio de 1999, es decir: “todos aquéllos en los que conste impresa la marca, modelo en su caso, y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales o que tengan alguna característica distintiva que excluya su confusión con otros bienes”<sup>112</sup>. Además, como se trataba de elementos accesorios identificables, en la misma Ordenanza se señala que se inscribirán en la Sección a la que pertenezca el elemento principal, por lo tanto deberán registrarse en la sección primera, que es donde se inscriben las aeronaves. Así lo confirma la Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2001, en la que se afirma que la inscripción de las piezas de repuesto y de los motores se practicará en la sección primera, abriendo folio separado a cada bien<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> Art. 10.2 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015.

<sup>109</sup> Art. 10.1 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015.

<sup>110</sup> Art. 180 Reglamento del Registro Mercantil de 1956, aprobado por el Decreto de 14 de diciembre de 1956, BOE núm. 66, 7 marzo 1957; corrección de errores en BOE núm. 73, 14 marzo 1957.

<sup>111</sup> Vid. página del Registro de Bienes Muebles de Madrid, disponible en línea en <https://www.rmercantilmadrid.com/rmm/DocumentosBienesMuebles.aspx> (consultada el 16 de noviembre de 2016).

<sup>112</sup> Art. 6.2 Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE núm. 172, 20 julio 1999. Esta misma definición sobre bien identificable es la que señala el art. 1.2 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE núm. 167, 14 julio 1998).

<sup>113</sup> Sin embargo, algunos autores afirmaban que en la práctica los contratos que tengan por objeto los motores de aviación, como los de *leasing* o los de compraventa a plazos, se inscriben en la sección tercera del Registro Provincial de Bienes Muebles correspondiente al establecimiento mercantil al que estén afectos, puesto que son considerados bienes de equipo (M.-J. MORILLAS JARILLO, “La aeronave como cosa compuesta. La singularidad del régimen de los motores”, en F. MARTÍNEZ SANZ/ M.-V. PETIT LAVALL (dirs.), Estudios de Derecho aéreo: Aeronave y liberalización, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 100). Según las afirmaciones de la autora los datos que se anotan son el modelo, la marca, el número de serie del motor y el contrato relativo al motor (mediante testimonio, copia autorizada o modelo oficial). Con lo cual, esto provocaba que, a diferencia de lo que ocurriría si se realizase la inscripción en virtud del criterio anterior, no sólo sería competente el Registro Mercantil de Madrid, sino otros Registros Provinciales para llevar a cabo la inscripción de los motores. La diferencia entre inscribir los motores en la sección primera (buques y aeronaves) o en la sección tercera (maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo) del Registro de Bienes Muebles correspondiente según se ha explicado, puede que dependiese de si los motores estaban instalados en la aeronave –inscribiéndose en la sección primera- o estaban almacenados –inscribiéndose en la sección tercera-. En cualquier caso, el principio de tracto sucesivo que caracteriza a los registros de bienes, llevaba a que el registro donde se



**29.** Siguiendo con la idea anterior, ha sido finalmente la Resolución de 29 de febrero de 2016, de de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban los formularios de acceso al Registro Internacional sobre bienes aeronáuticos, la que ha establecido de forma clara que es el Registro de Bienes Muebles a cuyo cargo se encuentra el Registro de Aeronaves, el que será competente en materia de aeronaves de conformidad con el art. 177 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956. En consecuencia, el Registro de Bienes Muebles Provincial de Madrid será el punto de acceso español, pues en la declaración efectuada en virtud del art. XIX.1 del Protocolo, se señala de forma genérica el Registro de Bienes Muebles<sup>114</sup>.

Por lo tanto, siguiendo con el contenido de la resolución, podrá solicitarse un código de autorización al punto de acceso español para las células de aeronaves y de helicópteros que hayan obtenido una matrícula definitiva o provisional en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles.

En el caso de los motores, su inscripción a través del punto de acceso español es opcional. En cuyo caso si se trata de una aeronave completa lo que se pretende inscribir, será necesaria una solicitud diferente para cada bien registrable (célula y motor de aeronave) y el punto de acceso español emitirá un código diferente para cada uno de los bienes<sup>115</sup>.

**30.** El Registro de Bienes Muebles como punto de acceso autorizante. Esta designación nos puede llevar a afirmar, como se ha señalado antes al tratar el Registro Internacional, que España lo ha establecido así para que las garantías internacionales tengan que cumplir los mismos requisitos que los derechos nacionales inscritos en el Registro de Bienes Muebles.

En este sentido, el Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, señala que será el Registrador competente de Bienes Muebles el que deberá hacer constar la reserva de prioridad internacional en el Registro Internacional, una vez que se ha realizado la inscripción de la garantía o del derecho internacional en el Registro de Bienes Muebles, o desde el asiento de presentación cuando se prevea la reserva de prioridad sobre derechos de constitución futura<sup>116</sup>. Si bien la redacción de este párrafo es bastante confusa, porque señala en primer lugar que la garantía debe ser inscrita en el Registro de Bienes Muebles, así que podría interpretarse que para realizar dicha inscripción se deberán cumplir los requisitos señalados por nuestro ordenamiento para el acceso al mismo, incluido la calificación del título<sup>117</sup>. Además, parece que se hace un tratamiento diferenciado entre la garantía internacional y la garantía internacional futura, que el “Sistema de Ciudad del Cabo” no contempla, si entendemos que es a esto a lo que se refiere al hablar en dicho texto de derechos de constitución futura, pues señala que para los mismos será necesario que para su inscripción en el Registro Internacional, se tenga que realizar un asiento previo en el Registro de Bienes Muebles<sup>118</sup>. Por último, el precepto señala

---

hubiera inmatriculado el motor por primera vez sería competente para la inscripción de los demás actos y contratos sobre dicho motor. Por último, la Resolución de la DGRN establecía que no es posible hacer discriminación entre nacionales españoles y de otros Estados miembros de la Unión Europea. Así que, aunque el art. 179 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 establecía la obligatoriedad de la inscripción de las aeronaves de nacionalidad española, este precepto sólo puede entenderse teniendo en cuenta la normativa de la Unión Europea, y de los principios comunitarios de libre circulación de bienes y servicios y de libertad de establecimiento, que no permiten discriminación entre ciudadanos de los distintos Estados de la Unión Europea. Por lo tanto, las aeronaves, motores o piezas de repuesto pertenecientes a personas físicas o jurídicas de nacionalidad de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea serían inscribibles en el Registro de Bienes Muebles competente, de acuerdo a las mismas normas que las aeronaves de españoles que se han señalado anteriormente (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). En este sentido, el art. 18 de la Ley de Navegación Aérea española de 1960 fue modificado para que los nacionales de los Estados de la Unión Europea pudiesen matricular sus aeronaves en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y obtener así la nacionalidad española, como si de un nacional español se tratara (art. 18 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960).

<sup>114</sup> De la misma manera que se hace esta designación genérica en la disposición adicional sexta del RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles (BOE núm. 144, 17 junio 2015).

<sup>115</sup> Resol. DGRN de 29 de febrero de 2016, por la que se aprueban los formularios de acceso al Registro Internacional sobre bienes aeronáuticos.

<sup>116</sup> Disposición adicional sexta RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015.

<sup>117</sup> I. HEREDIA CERVANTES, “Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo”, La Ley mercantil, núm. 21, 1 enero 2016, p. 8.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 9.

que será el Registrador de Bienes Muebles competente el que haga constar la reserva de prioridad en el Registro Internacional, si bien al tratarse el Registro de Bienes Muebles de un punto de acceso autorizante, será la persona legitimada para realizar la inscripción en el Registro Internacional la que la realice, una vez obtenido el código de acceso solicitado al Registro de Bienes Muebles<sup>119</sup>. Por lo tanto, la letra a) de la disposición adicional sexta del Reglamento de matriculación de aeronaves ha generado bastantes interrogantes, a pesar de que dicha disposición se incluyó con el objetivo de que se implementase de manera eficaz y eficiente el “Sistema de Ciudad del Cabo” y por lo tanto, su Registro Internacional.

Tampoco las letras b) y c) de la disposición adicional sexta son muy claras<sup>120</sup>. Si bien en la letra b) podría deducirse que se está haciendo referencia a la posibilidad de que pueda realizarse la inscripción en el Registro Internacional a través del Registro de Bienes Muebles como punto de acceso autorizante, de los derechos o garantías no contractuales susceptibles de inscripción, cuya prioridad depende de su inscripción, contemplados en el art. 40 del Convenio<sup>121</sup>. Mientras que la letra c) podría interpretarse como los derechos o garantías no contractuales no inscritos, a los que hace referencia los arts. 39.1.a) y 39.1.b) del Convenio y que pueden ser inscritos en el Registro Internacional, una vez obtenido el código de acceso al Registro de Bienes Muebles. España como ya se ha señalado, ha hecho las pertinentes declaraciones conforme a los arts. 39.1.a) y 39.1.b) y 40 del Convenio señalando los derechos o garantías no contractuales que quiere que gocen de prioridad internacional, ya que cuando se adhirió sólo al Convenio en un primer momento, no las hizo<sup>122</sup>. Si bien al igual que en la letra a) de la disposición adicional segunda se vuelve a señalar que es necesaria la inscripción de tales derechos señalados en el Registro de Bienes Muebles, si bien el “Sistema de Ciudad del Cabo” no exige este requisito para su inscripción<sup>123</sup>.

Pues bien, como ha sucedido en Estados Unidos, probablemente se le exijan a la garantía internacional más requisitos de los previstos en el correspondiente instrumento internacional, a pesar de que se establece expresamente lo contrario en dicha disposición adicional sexta del Real Decreto.

Sin embargo, como se verá al analizar el nuevo Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, en el caso de España se está intentando al menos, que el hecho de que se realice la inscripción de las garantías internacionales a través del Registro de Bienes Muebles, por ser el punto de acceso autorizante, no implique que se tengan que cumplir más requisitos para su inscripción que los establecidos en el “Sistema de Ciudad del Cabo” y en las Normas y Procedimientos del Registro Internacional.

## 2. El Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles

31. Con la aprobación del nuevo Reglamento de matriculación de aeronaves en el 2015, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2015, se lleva a cabo una nueva regulación del Registro de Matrícula de Aeronaves que, desde su creación en 1969, y aunque había sido objeto de dos modificaciones importantes en 1972 y en 1996, no había sufrido en nuestra opinión un cambio tan profundo como el que se presenta en esta nueva norma<sup>124</sup>.

El Decreto 416/1969, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Matrícula de Aeronaves surge como desarrollo reglamentario de la Ley española 48/1960, sobre Navegación Aérea, en cuyo artículo 28 se establece la creación de un Registro de Matrícula, en el que tendrán que ser matriculadas las aeronaves, en virtud del artículo 29, y en cuyos artículos 28 a 33 se determina el régimen jurídico del Registro de Matrícula de Aeronaves<sup>125</sup>. Sin embargo, este Decreto es modificado, por primera vez, por el D 387/1972, de febrero, teniendo como objetivo primordial la coordinación entre

<sup>119</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>120</sup> Disposición adicional sexta RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015.

<sup>121</sup> I. HEREDIA CERVANTES, “Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo”, *La Ley mercantil*, núm. 21, 1 enero 2016, p. 9.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>123</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>124</sup> Parte expositiva RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015.

<sup>125</sup> Preámbulo D 416/1969, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Matrícula de Aeronaves, BOE núm. 71, 24 marzo 1969.

el Registro de Matrícula y el Registro Mercantil<sup>126</sup>. Posteriormente, el Decreto 416/1969 fue modificado de nuevo por el Real Decreto 1709/1996, por dos razones fundamentales: una de estas razones era porque la pertenencia de España a la Unión Europea tenía como consecuencia que, la legislación hasta ese momento aplicable, creaba discriminación en la matriculación de aeronaves, por razones de la nacionalidad de sus poseedores y con esta modificación se daba pleno acceso al Registro a todas las aeronaves nacionales de cualquiera de los Estados miembros; la otra, porque la evolución de la aviación civil había provocado que no sólo fuera el dominio la forma de adquisición de las aeronaves, sino que las grandes compañías aéreas optaban por otras fórmulas como el arrendamiento, con o sin opción de compra, la venta a plazos u otros contratos que llevaban aparejados la adquisición de la posesión<sup>127</sup>.

En esta nueva normativa sobre el Registro de Matrícula de Aeronaves, además de señalar la naturaleza administrativa del mismo, se establecen las funciones de dicho Registro, cuyo ámbito se extiende a todo el territorio nacional, y que son: asignación de las marcas de nacionalidad y matrícula de las aeronaves; e inscripción de las mismas, haciendo constar de forma auténtica las titularidades y demás vicisitudes jurídicas que les afecten, tales como propiedades, arrendamientos, embargos, hipotecas, novaciones de contratos o cancelaciones, y las características técnicas de las aeronaves objeto de inscripción<sup>128</sup>. Sin embargo, la calificación de los títulos jurídicos aportados para la inscripción es realizada por el Registro de Bienes Muebles.

**32.** El nuevo Reglamento reestructura el Registro de Matrícula, haciendo más sencillos sus trámites y subsanando sus deficiencias, a la vez que ha aportado mayor agilidad, de manera que se ha configurado claramente como un registro administrativo diferenciado y de distinta naturaleza que el Registro de Bienes Muebles. Aunque en nuestra opinión esto ya estaba bastante claro en el antiguo Reglamento de Registro de Matrícula de Aeronaves con respecto al Registro Mercantil<sup>129</sup>. Los pilares en los que se basa dicho Reglamento son: establecer un régimen registral único para todas las aeronaves y suprimir los especiales, quedando eliminados la normativa específica relativa a la matriculación de aeronaves de estructura ligera y de aeronaves privadas de uso no mercantil; establecer las aeronaves que están exentas de inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves; incorporar y ordenar la regulación fragmentaria que existe sobre las matrículas de prueba, a la vez que regular un concepto novedoso, la reserva de matrícula de la aeronave; articular la relación entre el Registro de Matrícula y el Registro de Bienes Muebles; y establecer las previsiones necesarias para permitir la aplicación del Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre elementos de equipo aeronáutico<sup>130</sup>.

**33.** El Real Decreto establece que accederán al Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles las aeronaves de nacionales de cualquiera de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo; y las de nacionales de terceros Estados, siempre que cuenten con residencia habitual en España, si se trata de

---

<sup>126</sup> Esta modificación se produjo en ejecución de la disposición adicional de la Ley 113/1969, de 30 de diciembre, de modificación de los artículos 33 y 130 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (BOE núm. 313, 31 diciembre 1969), en virtud de la cual se encomendó al Gobierno coordinar el Reglamento de Registro de Matrícula de aeronaves con lo establecido en esta Ley 113/1969 (D 387/1972, 10 febrero, por el que se modifican los artículos 7º, 8º, 16, 18, 19, 24, 25, 27, 36, 37 y 38, disposiciones adicionales y disposiciones transitorias del Reglamento del Registro de Matrícula de Aeronaves, aprobado por el D 416/1969, de 13 de marzo, BOE núm. 50, 28 febrero 1972). De hecho para justificar su desarrollo en el preámbulo de dicha Ley 113/1969 se dice textualmente: *“No es misión de dicho Registro de Matrícula la constitución y señalamiento de efectos en cuanto a tercero de los actos o contratos de carácter jurídico privado, sino la de reflejar su existencia, una vez constituidos válidamente en su esfera propia, y por ello es aconsejable modificar aquellos artículos de la Ley que ponen de manifiesto aparentes contradicciones en nuestra legislación a la vez que se ordena la concordancia que debe existir entre el Registro Mercantil y el de Matrícula”*. Esto es como consecuencia de que en la Ley 48/1960 no sólo se señala la naturaleza administrativa del Registro de Matrícula de Aeronaves en su art. 28, sino que en su art. 29 se añade que en él se harán constar los actos, contratos y vicisitudes en general que afecten a la aeronave.

<sup>127</sup> Preámbulo RD 1709/1996, de 12 de julio, por el que se modifica el Registro de Matrícula de Aeronaves aprobado por el D 416/1969, de 13 de marzo, BOE núm. 187, 3 agosto 1996.

<sup>128</sup> Dictamen emitido por el Consejo de Estado en el expediente núm. 128/2015, de 17 de marzo de 2015, p. 10.

<sup>129</sup> Dictamen emitido por el Consejo de Estado en el expediente núm. 128/2015, de 17 de marzo de 2015, p. 11.

<sup>130</sup> Parte expositiva RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015.

una persona física, o con establecimiento permanente en España, en el caso de que fuese una persona jurídica, y además dichas aeronaves sean destinadas a uso privado<sup>131</sup>.

Los contratos en virtud de los cuales las personas físicas o jurídicas pueden estar en posesión de la aeronave para proceder a su matriculación son: contratos de propiedad, de alquiler o cualquier otro que la Ley española contemple<sup>132</sup>.

**34.** En el capítulo II del Reglamento de matriculación de aeronaves civiles se trata uno de los aspectos fundamentales de esta normativa, que es la distinción entre los dos tipos de asientos que regula y que son: inscripciones y anotaciones<sup>133</sup>. Las inscripciones, que serán de matriculación y de cancelación, sólo surtirán efectos administrativos para la operación de las aeronaves y las consecuencias asociadas a ella, sin perjuicio de las consecuencias tributarias que puedan derivarse de la matriculación de las aeronaves. En cuanto a las anotaciones, se producen a los efectos exclusivos de publicidad, de manera que se realizarán las anotaciones relativas a cambios de titularidad, es decir, cualquier acto o contrato por el que se adquiera o transmita la propiedad, contratos de arrendamiento o cualquier otro título traslativo de la posesión o uso de la aeronave, junto con las novaciones de dichos contratos posesorios si implican cambio de la posición jurídica del poseedor o modificación subjetiva de una de las partes del contrato; además, se anotarán las cargas, gravámenes e hipotecas que afecten a las aeronaves; así como también serán objeto de anotación las vicisitudes técnicas, que supongan cambio en el modelo de las aeronaves<sup>134</sup>. Sin embargo, están excluidos los contratos de arrendamiento de corta duración, es decir, los contratos de arrendamiento o subarrendamiento igual o inferior a seis meses<sup>135</sup>.

La distinción entre estos dos tipos de inscripciones es una de las novedades más importantes introducidas por esta norma con respecto a su antecesor, con el objetivo de diferenciar los aspectos registrados sobre las aeronaves para la atribución de la nacionalidad de la aeronave, es decir con fines administrativos, de los aspectos registrados sobre las aeronaves relacionados con la propiedad o la posesión de la aeronave, así como las cargas y gravámenes que recaigan sobre las mismas.

En cuanto a los libros actuales que se venían llevando en el Registro de Matrícula de Aeronaves, tales como el libro de presentación de documentos, el libro de matrícula, el libro de tasas y el libro de estadística, con la entrada en vigor del nuevo Reglamento quedarán derogados, pues las inscripciones y anotaciones se van a llevar a cabo de la siguiente forma: *“se abrirá una hoja de asiento para cada aeronave en la que se hará constar su matriculación, los datos técnicos de la aeronave y sus vicisitudes técnicas, la referencia al título jurídico, los seguros aéreos obligatorios a los que está sujeta, las cargas y gravámenes, así como los cambios de titularidad que se produzcan en relación con ella. La hoja de asiento para cada aeronave se cerrará con la cancelación de la matrícula”*<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> Art. 2 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015. Dicho precepto remite al art. 18 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (BOE núm. 313, 31 diciembre 1969), para establecer qué aeronaves son inscribibles en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles.

<sup>132</sup> Art. 11 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015.

<sup>133</sup> Art. 8.1 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015.

<sup>134</sup> Art. 8.2 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015. Los cambios de modelo de la aeronave serán comunicadas al Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (art. 30 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015).

<sup>135</sup> Art. 8.3 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015. Estos contratos de arrendamiento se recogen en el art. 27 del Reglamento (RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015).

<sup>136</sup> Art. 8.4 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015. También, existía un libro de motores que se introdujo en la primera modificación que se hizo del Reglamento de Registro de Matrícula de Aeronaves de 1972, pero que fue eliminado finalmente en la segunda modificación realizada de dicho Reglamento en 1996, sin ninguna justificación (arts. 2.3 y 3 RD 1709/1996, de 12 de julio, por el que se modifica el Registro de Matrícula de Aeronaves aprobado por el D 416/1969, de 13 de marzo, BOE núm. 187, 3 agosto 1996; art. 8.2 D 416/1969, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Matrícula de Aeronaves (BOE núm. 71, 24 marzo 1969), con la redacción realizada por el D 387/1972, 10 febrero, por el que se modifican los artículos 7º, 8º, 16,

35. En el artículo 10 del Real Decreto, también se aborda otro aspecto fundamental, que es la relación del Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles con el Registro de Bienes Muebles. En una redacción inicial de este artículo se establecía la obligatoriedad de la inscripción de todas las aeronaves en ambos registros. Sin embargo, en la versión definitiva se ha modificado este aspecto porque en el Registro de Bienes Muebles, aunque son inscribibles las aeronaves tanto en virtud de título de transmisión de su propiedad como de título traslativo de la posesión –al igual que en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles–, según la normativa existente, la primera inscripción de la aeronave en el Registro de Bienes Muebles debe ser la del dominio<sup>137</sup>. En este sentido, aunque inicialmente las aeronaves destinadas a fines industriales o mercantiles eran objeto de inscripción en el Registro Mercantil, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en una resolución del año 2000, aclaró que todas las aeronaves podían ser objeto de inscripción al señalar: “*En la sección de buques y aeronaves (sección primera) del nuevo Registro de Bienes Muebles se deben practicar todas las inscripciones de actos y contratos relativas a embarcaciones y aeronaves, con independencia (con relación a los buques) de la lista en la que estén inscritas en el Registro administrativo correspondiente. Cada uno de los actos, contratos y gravámenes (compraventas, al contado o a plazos, arrendamientos, hipoteca naval o mobiliaria, anotación de embargo o de demanda, ejecución forzosa, etcétera) que se realicen sobre tales bienes serán calificados y en su caso inscritos o anotados preventivamente dentro de dicha Sección por el Registrador de Bienes Muebles*”<sup>138</sup>.

Sin embargo, si se trata de arrendamientos de aeronaves extranjeras, el título de arrendamiento no podría inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, puesto que como ya se ha mencionado, en virtud del art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, no son inscribibles los arrendamientos de aeronaves cuando no existe una inscripción previa de dominio sobre la misma<sup>139</sup>. Aunque se debe aclarar, que hay opiniones que señalan que dicho art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 quedaría derogado tras este RD 384/2015, de manera que sí se podrían inscribir los arrendamientos en el Registro de Bienes Muebles, aunque sea la primera inscripción. Según los expertos consultados, el precepto quedaría derogado porque ambas son normas del mismo rango, pero lo cierto es que no existe ninguna resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que pueda sustentar esta aseveración. De hecho, en la práctica se está realizando la inscripción de contratos de arrendamiento sobre aeronaves en el Registro de Bienes Muebles cuando se trata de la primera inscripción relativa a dichas aeronaves, en contra de lo señalado por el art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956.

Por lo tanto, la primera inscripción de una aeronave se realizará en el Registro de Matrícula, el cual analizada la documentación presentada, asignará a la aeronave una matrícula con el carácter de provisional y emitirá un certificado de matrícula provisional. Cuando se trate de una aeronave inscribible en el Registro de Bienes Muebles, una vez practicada la inscripción del título jurídico en dicho Registro, se realizará la inscripción definitiva de la aeronave, emitiéndose, por tanto, el certificado de matrícula definitivo. En caso de que no sea posible la inscripción de la aeronave en el Registro de Bienes Muebles, se procederá a la inscripción definitiva del título jurídico aportado en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y a la emisión del certificado de matrícula definitivo, en un plazo máximo de tres meses<sup>140</sup>. Los actos jurídicos posteriores a la matriculación de la aeronave que sean inscribibles en el Registro

---

18, 19, 24, 25, 27, 36, 37 y 38, disposiciones adicionales y disposiciones transitorias del Reglamento del Registro de Matrícula de Aeronaves, aprobado por el D 416/1969, de 13 de marzo (BOE núm. 50, 28 febrero 1972)).

<sup>137</sup> Art. 180 Reglamento del Registro Mercantil de 1956, aprobado por el Decreto de 14 de diciembre de 1956, BOE núm. 66, 7 marzo 1957; corrección de errores en BOE núm. 73, 14 marzo 1957. Aunque el Reglamento del Registro Mercantil vigente es el de 1996, en lo que respecta a la inscripción de buques y aeronaves sigue estando en vigor el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, arts. 145 a 190. *Vid.* Disp. Trans. 13ª. del RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, BOE núm. 184, 31 julio 1996.

<sup>138</sup> Resol. DGRN de 11 de abril de 2000, sobre determinadas cuestiones derivadas de la creación del Registro de Bienes Muebles. *Vid.* art. 179 Reglamento del Registro Mercantil de 1956, aprobado por el Decreto de 14 de diciembre de 1956, BOE núm. 66, 7 marzo 1957; corrección de errores en BOE núm. 73, 14 marzo 1957.

<sup>139</sup> J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, pp. 276, 277 y 280.

<sup>140</sup> Art. 15.2 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015.

de Bienes Muebles, conforme a su legislación específica, se inscribirán primero en dicho Registro. Es importante destacar que la comunicación entre ambos Registros se realizará por vía telemática.

**36.** Por último, señalar que como ya se ha señalado al estudiar el Registro de Bienes Muebles, en el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles se ha añadido la disposición adicional sexta para permitir la aplicación del Convenio y su Protocolo Aeronáutico. Sin embargo, la redacción del precepto no es muy clara, ni coherente con el funcionamiento del Registro Internacional.

A pesar de lo señalado, en realidad no se ha venido realizando ninguna inscripción en el Registro de Bienes Muebles relativas a garantías internacionales. Cuando en el Registro de Bienes Muebles se solicitaban los códigos alfanuméricos, para realizar posteriormente la inscripción en el Registro Internacional de la correspondiente garantía internacional, se debe señalar que no se anotaba carga alguna en base al formulario presentado, puesto que la aportación de dicho formulario se asentaba en el libro de entrada como lo haría cualquier otro documento aportado al registro, contuviera o no materia sujeta a inscripción. Así que no se pasaba al diario de operaciones y tampoco a los libros de inscripciones.

Se ha considerado que esta situación era muy peligrosa para la seguridad del tráfico, ya que si se solicitaba una certificación de cargas en relación a una aeronave y en los libros registrales no aparecía ninguna, el registrador tendría que certificar la libertad de cargas de dicha aeronave, aún cuando hubiera autorizado un código de acceso al Registro Internacional.

Por esta razón, ante la consulta planteada por el registrador encargado del Registro de Aeronaves, la DGRN resolvió mediante informe de fecha 29 de abril de 2016, que sería posible una anotación preventiva en base al formulario presentado, al no ser el mismo susceptible de inscripción debido a su reducido contenido<sup>141</sup>. Si se ejerciese la potencial garantía internacional, dicha anotación preventiva evitaría la aparición del tercero en virtud del art. 34 de la Ley Hipotecaria, dado que el adquirente de algún derecho sobre la aeronave no podría alegar desconocimiento de la garantía internacional<sup>142</sup>.

Efectivamente en el informe de la consulta realizada el 28 de abril de 2016, se establece la posibilidad de que el término “inscripción”, de la disposición adicional sexta del Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, sea interpretado en términos amplios como asiento registral y no necesariamente como inscripción<sup>143</sup>. De manera que al no reunir los requisitos necesarios para su inscripción conforme a la Ley española, sería posible realizar una anotación preventiva, como se ha señalado antes<sup>144</sup>. Dicha “anotación preventiva de garantía internacional” se convertiría en definitiva con efecto retroactivo en caso de que finalmente se adquiriera el derecho anotado conforme a la Ley española, pero en cualquier caso la garantía internacional subsistiría con los efectos propios del Convenio y su Protocolo Aeronáutico. Se propone también que el tiempo establecido para la práctica de una anotación preventiva sea de 4 años como plazo general, afirmación que tiene su fundamento legal en la disposición adicional segunda de la Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles y que sería aplicable por analogía<sup>145</sup>.

De manera, que parece ser que se están respetando las disposiciones del Convenio, así como la disposición adicional sexta, que señalan que las legislaciones nacionales no pueden establecer más formalidades que las recogidas en “Sistema de Ciudad del Cabo” y las Normas y Procedimientos del Registro Internacional, y este extremo no ha sido modificado por la adhesión española.

#### IV. La práctica registral en la materia

**37.** A continuación se muestra cómo viene realizándose en la práctica, las inscripciones de las garantías en el Registro Internacional, cuando se ha designado al Registro de Bienes Muebles como

<sup>141</sup> *Vid.* Informe consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 28 de abril de 2016.

<sup>142</sup> Art. 34 Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, BOE núm. 58, 2 febrero 1946.

<sup>143</sup> *Vid.* Informe consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 28 de abril de 2016.

<sup>144</sup> *Vid.* Informe consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 28 de abril de 2016.

<sup>145</sup> Disposición adicional segunda de la Ley 28/1998, de 13 de julio Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE núm. 167, 14 Julio 1998.

punto de acceso autorizante. De la misma forma que se explica cómo se está implantando en España, la “autorización irrevocable para solicitar la cancelación de la matrícula y el permiso de exportación”, que corresponde a las siglas en inglés IDERA, y que será explicado después.

## 1. Inscripción de las garantías en el Registro de Bienes Muebles

38. El resultado en la práctica de la adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo, se ha materializado en la presentación en el Registro de Aeronaves (sección perteneciente al Registro Provincial de Bienes Muebles de Madrid), de unos sencillos formularios introducidos por la resolución de la DGRN de 29 de febrero de 2016, en base a los cuales el mencionado registro nacional concede un código alfanumérico a los interesados para que, mediante dicho código, puedan acceder a la inscripción de su derecho en el Registro Internacional.

El tiempo que se tarda en conceder el código es de 24 horas. A partir de la concesión del código de referencia por el registro español, es al interesado al que le corresponde directamente la tramitación, por lo que dicho registro no es responsable de las demoras que a partir de ese momento se produzcan. Esto es importante señalarlo, porque la garantía internacional goza de prioridad en las condiciones que señala el Convenio desde el momento de su inscripción en el Registro Internacional, y si esta no se produce finalmente, dicha garantía internacional no gozará de prioridad solamente porque el interesado haya conseguido el código alfanumérico<sup>146</sup>.

39. En definitiva, no se pueden pedir más requisitos que los del formulario que se debe completar a través de la web del Registro Mercantil de Madrid y que son los siguientes: datos del solicitante, descripción del bien (matrícula, modelo, marca, carga y pasaje, motores y nº de serie), negocio jurídico, intervinientes y firma<sup>147</sup>.

## 2. Inscripción de una IDERA (Irrevocable Deregistration and Express Request Authorization)

40. En el instrumento de adhesión al Protocolo, además de las declaraciones ya mencionadas, España hizo la declaración de conformidad con el art. XXX.1 del Protocolo, para aplicar el art. XIII del Protocolo. En virtud de este precepto, el acreedor y el deudor pueden pactar a favor de aquel una autorización irrevocable para solicitar la cancelación de la matrícula y el permiso de exportación de la aeronave, en caso de incumplimiento del deudor. Esta autorización se tendrá que realizar de acuerdo con el formulario anexo al Protocolo y dicha autorización deberá tener inscribirse en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles<sup>148</sup>.

Además, en el caso de que el acreedor desee hacer efectiva dicha autorización, deberá avisar de la exportación de la aeronave con un tiempo razonable y por escrito a las partes interesadas<sup>149</sup>. Una vez realizada la notificación las autoridades del Estado de Matrícula, deberán dar efecto al IDERA, y siempre que el acreedor les certifique, si dicha autoridad lo requiere, que todas las garantías inscritas que tienen

<sup>146</sup> A fecha 8 de junio de 2016, el Registro de Aeronaves había concedido 103 autorizaciones de acceso, que no son pocas si se tiene en cuenta que el “Sistema de Ciudad del Cabo” entró en vigor para España el 1 de marzo del 2016.

<sup>147</sup> Formulario disponible en línea en <https://www.rmercantilmadrid.com/rmm/Downloads/Impresos/BienesMuebles3.pdf> (consultado el 16 de noviembre de 2016).

<sup>148</sup> Art. XIII.2 del Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

<sup>149</sup> Art. IX.6 del Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.

prioridad respecto a la del acreedor han sido canceladas o que los titulares de esas garantías han dado su consentimiento para la cancelación de la matrícula y la exportación<sup>150</sup>.

España ha tenido que hacer una declaración conforme al art. XXX.1, para que en el caso del IDERA no sea de aplicación la previsión recogida en el art. 54.2 del Convenio, conforme a la cual es necesaria la intervención de un tribunal.

**41.** Por último, se va a abordar el problema que se plantea en España derivado de la constancia registral del IDERA. En primer lugar para que el pacto comisorio que supone el IDERA, que no tiene cabida en el Derecho español, pueda tener reflejo en el Registro de Bienes Muebles y en el Registro de Matrícula es necesario que el contrato en el que se inserta el IDERA, o al que se incorpora posteriormente, haya accedido al plano internacional, es decir que haya sido inscrito en el Registro Internacional, tras haber realizado el procedimiento señalado anteriormente.

En segundo lugar, el IDERA, no es otra cosa que un pacto que forma parte de un contrato, y que por tanto, puede venir integrado en el contrato como una cláusula más o bien, agregarse por vía de novación objetiva del contrato principal. En cualquier caso, para su constancia en el Registro de Bienes Muebles sería necesario que cumplierse los requisitos exigidos por la legislación española, de tal manera que las firmas fuesen legitimadas.

En consecuencia, el procedimiento para la constancia registral del IDERA podría ser el siguiente:

- a) Contrato inscrito con anterioridad al Convenio. No podría presentarse un IDERA salvo que se haya presentado el formulario dándole a aquel el carácter de aviso de garantía. En este caso el IDERA deberá presentar las firmas que lo autorizan.
- b) Contrato no inscrito adjuntando formulario. En este caso el IDERA podría formar parte del clausulado, con lo que tendría las firmas legitimadas al estarlo las del contrato, o bien acompañarse en documento adjunto, en cuyo caso deberá tener sus firmas independientemente legitimadas.
- c) Contrato no inscrito y sin adjuntar formulario. No cabría introducir un IDERA, el cual, de pactarse en el contrato a inscribir, sería objeto de denegación en nuestro derecho y no encontramos bajo la aplicación del Convenio.
- d) Presentación de formulario sin documentación. Si se presenta el formulario acompañado del IDERA, el Registro de Bienes Muebles se limitará a dar el código alfanumérico de acceso al Registro Internacional y a la práctica de una “anotación preventiva de garantía internacional”. Pero el IDERA no tendrá en este caso reflejo registral.

## V. Cuestiones pendientes

**42.** Como consecuencia del ámbito tan amplio que, en relación con las garantías internacionales y otros derechos o garantías, cubre el “Sistema de Ciudad Cabo”, es bastante previsible que existan aspectos que no hayan sido resueltos por el Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico. Por lo que se van a explicar los asuntos pendientes relacionados con la “implementación” en España del Registro Internacional, algunos de los cuales ya se han apuntado a lo largo del presente trabajo.

**43.** En cuanto al ámbito de aplicación personal del Convenio y su Protocolo Aeronáutico, si el deudor está situado en un Estado contratante, la garantía internacional constituida puede acceder vía telemática al Registro Internacional, con independencia de que el Estado de registro sea o no un Estado contratante. Pero si el Estado contratante de registro de la célula de aeronave o del helicóptero, establece

---

<sup>150</sup> Art. IX.5 del Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. 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.



un punto de acceso nacional, deben respetarse los requisitos para su inscripción en el Registro Internacional a través de dicho punto de acceso nacional.

Por otro lado, si el deudor no está situado en un Estado contratante y no se puede crear la correspondiente garantía internacional, pero el Estado de registro es un Estado contratante con punto de acceso nacional, se acudiría a él para el acceso al Registro internacional del resto de garantías o derechos distintos de la garantía internacional previstos en el Convenio y su Protocolo Aeronáutico.

**44.** No obstante, la transmisión a través de los puntos de acceso nacionales de las células de aeronaves y de los helicópteros, no es obligatorio para la inscripción con respecto a los motores de aeronaves –ya que en todos los Estados no se les asigna un número de registro o matrícula, como ocurre con las células o los helicópteros-, aunque se puede realizar a través de ellos. En consecuencia, si no se realiza la inscripción de manera correcta, un motor podría llegar a inscribirse dos veces utilizando distintas formas de acceso al Registro Internacional. Este problema no sucede con las células de aeronaves y los helicópteros, los cuales disponen de matrícula para su identificación.

En la misma línea de lo anteriormente señalado, el hecho de que el Registro Internacional haya dado la posibilidad de que cada Estado contratante designe uno o varios puntos de acceso nacionales, y de establecer si se trata de un punto de acceso directo o autorizante, abre la posibilidad a que un mismo objeto aeronáutico sea inscrito varias veces, a través de puntos de acceso de distintos Estados, sobre todo en el caso de los motores. Así pues, si un Estado contratante designa un punto de acceso autorizante para inscribir una garantía sobre una célula de aeronave o un helicóptero matriculados en dicho Estado contratante, pero la inscripción no respeta el procedimiento establecido, tal registro no será válido y el Registrador advertirá de ello al usuario mediante un mensaje electrónico. De la misma manera que si un Estado contratante ha establecido que la inscripción de las garantías sobre las células de las aeronaves o los helicópteros se realice obligatoriamente a través de un punto de acceso directo, pero no se efectúa a través del mismo, el Registrador procederá de la misma forma. Sin embargo, en el caso de los motores como no es obligatoria la inscripción de su garantía o derecho a través del punto de acceso nacional designado, se puede optar o bien por realizar dicha inscripción a través del punto de acceso nacional, ya sea autorizante o directo, o bien directamente a través del Registro Internacional.

**45.** No se debe olvidar además, que no se puede designar un punto de acceso nacional, para la inscripción de avisos de garantías nacionales o de garantías o derechos no contractuales inscribibles constituidos bajo las Leyes de otro Estado. Por lo tanto, un Estado contratante sólo puede realizar a través de su punto de acceso nacional, la inscripción de los avisos de garantías nacionales o derechos o garantías contemplados en el art. 40 del Convenio cuando se han constituido bajo su Derecho nacional.

**46.** En relación con la primera inscripción de las aeronaves en el Registro de Bienes Muebles en virtud de contratos de arrendamientos, se debe señalar que es necesario que se redacte una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el que se refleje esta posibilidad.

Aunque en la práctica se vienen realizando las primeras inscripciones sobre aeronaves en el Registro de Bienes Muebles en base a contratos de arrendamiento, esto es contrario a lo dispuesto en el art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956. A pesar de que existen opiniones en favor de que dicho precepto quedaría derogado por el Reglamento de matriculación de aeronaves, pues se trataría de normas del mismo rango.

**47.** Por último, se debería ofrecer la posibilidad de ejecución del IDERA desde el momento en que la documentación se presenta en el Registro de Matrícula para la obtención de la matrícula provisional. Esto es especialmente relevante, porque si el operador incumple sus obligaciones contractuales desde el primer momento, el acreedor se queda desprotegido al no poder utilizar el IDERA para recuperar el objeto aeronáutico, por su falta de inscripción previa.

# LA IRRUPCIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

## IRRUPTION OF THE EMERGENCY ARBITRATOR IN THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Castilla-La Mancha*

Recibido: 15.12.2016 / Aceptado: 20.12.2016

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3614>

**Resumen:** El arbitraje de emergencia es una reciente innovación dentro del arbitraje comercial internacional. Este trabajo discute la importancia de la tutela cautelar en el arbitraje comercial internacional y las distintas disposiciones sobre arbitraje de emergencia contempladas en los reglamentos de las instituciones arbitrales principales. Además, también se considera la relación existente entre el procedimiento de arbitraje de emergencia con la tutela cautelar urgente otorgada por parte de los tribunales estatales. Finalmente, se analizan los problemas y obstáculos para la ejecución de las decisiones adoptadas por el árbitro de emergencia.

**Palabras clave:** tutela cautelar, arbitraje de emergencia, arbitraje comercial internacional, tribunales estatales, ejecución.

**Abstract:** Emergency arbitration is a recent innovation in international commercial arbitration. This article discusses the importance of interim relief in international commercial arbitration and the emergency arbitration provisions in leading arbitral institutions rules. Also considers the relation of the emergency arbitration procedure with the interim and emergency relief in national courts. Finally, it analyses the problems and hurdles to enforcement the emergency arbitrator decisions.

**Keywords:** interim relief, emergency arbitration, international commercial arbitration, national courts, enforcement.

**Sumario:** I. ¿Por qué un arbitraje de emergencia? II. Su rápido crecimiento a nivel global y sus antecedentes. III. Su controvertida relación con los tribunales de justicia. IV. Las características esenciales del arbitraje de emergencia. V. La problemática cuestión de la ejecutabilidad de las decisiones de los árbitros de emergencia. VI. Valoración final.

### I. ¿Por qué un arbitraje de emergencia?

1. No cabe ninguna duda que la tutela cautelar es esencial para lograr que todo procedimiento arbitral sea eficaz y exitoso<sup>1</sup>. Las partes que han incluido en su contrato una cláusula arbitral pueden re-

---

\* Enrique.Fdez@uclm.es. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación titulado “Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia”, DER2016-74945\_R.

<sup>1</sup> L.B. KIMMELMAN y S. MARQUEZ, “The Impact of the UNCITRAL Arbitration Rules”, en *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, D. Ziyeva (ed.), Nueva York, Jurisnet, 2015, p.27.

querir una medida provisional de protección<sup>2</sup> en cuanto la controversia surge y la etapa más temprana de la disputa es, muy a menudo, la fase temporal en donde una medida de este tipo más se puede necesitar<sup>3</sup>. En este sentido, lo que pueda ocurrir al inicio del litigio incidirá de manera clara, en la mayoría de las ocasiones, en el resultado del procedimiento arbitral y puede convertir cualquier decisión final sobre el fondo del asunto en una decisión ineficaz e inútil<sup>4</sup>.

2. Tras la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985<sup>5</sup>, cuando una diferencia se ha sometido a arbitraje, la parte que desea solicitar la adopción de una medida cautelar tiene dos opciones<sup>6</sup>. A la tradicional vía de apoyo del arbitraje plasmada en la intervención judicial en este ámbito, se ha unido la clara posibilidad de que sean los árbitros, una vez que se ha constituido el tribunal arbitral, los que procedan a la adopción de estas medidas<sup>7</sup>.

3. Entre las ventajas de esperar a que se constituya el tribunal arbitral y no acudir a las jurisdicciones nacionales, se puede argumentar la familiaridad y especialización existente de los árbitros en relación con el objeto de la disputa, consiguiéndose de este modo una mayor eficiencia y una reducción de costes, ya que el tribunal arbitral va a conocer de todas las cuestiones derivadas de la controversia que enfrenta a las partes, incluyendo la posibilidad de solicitar tutela cautelar.

4. Sin embargo, en muchas de las ocasiones, se precisan medidas cautelares urgentes con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral e incluso a la solicitud de iniciación del procedimiento arbitral<sup>8</sup>. En efecto, se debe impedir, entre otras cuestiones, que la duración de la fase pre-arbitral pueda:

<sup>2</sup> Estas medidas suelen adoptar distintas formas y denominaciones, siendo generalmente intercambiables los términos “provisionales”, “cautelares” o “conservatorias”. En todo caso, y cualquiera que sea su denominación, el destino de las mismas es servir como medidas preventivas hasta la finalización del procedimiento arbitral.

<sup>3</sup> G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2 ed., La Haya, Wolters Kluwer, 2014, p.2451.

<sup>4</sup> Tal y como señala A. YESILIRMARK, *Provisional Measures in International Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2005, p.12, se puede conseguir un laudo favorable y no ser más que una victoria pírrica. O como coloquialmente se dice conseguir un laudo únicamente “para enmarcar”.

<sup>5</sup> El artículo 17 de la Ley Modelo de 1985 (“facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares”), fue un paso muy importante. Si bien, con la reforma producida en 2006 se ha visto ampliamente superado, incorporándose un régimen completo relativo a las medidas cautelares en el nuevo artículo 17, que contrasta con la parquedad de la antigua disposición. Vid. P. PERALES VISCASILLAS, “Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, 2007, pp.87-123. En consonancia con dicha modificación, igualmente, se reformó en 2010 el reglamento de arbitraje de la CNUDMI incluyendo un nuevo artículo 26 sobre la adopción de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral. Vid. L.B. KIMMELMA y MARQUEZ, S., “The Impact of the UNCITRAL...”, op.cit., pp.35-46.

<sup>6</sup> El principio de competencia concurrente de los árbitros y jueces estatales se ha implantado de forma generalizada en el ámbito internacional. Esta es la línea en la que se muestran la gran mayoría de las Leyes estatales recientes así como los reglamentos de arbitraje. Vid. A. CALVO CARAVACA, “Medidas cautelares y arbitraje privado internacional”, *La Ley*, n.º.6128, 2004, pp.1-27; R. KENT y A. HOLLIS, “Concurrent Jurisdiction of Arbitral Tribunals and National Courts to Issue Interim Measures in International Arbitration”, en *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, D. Ziyaeva (ed.), Nueva York, Jurisnet, 2015, pp.87-106; S. MARTINS y S. NAVARRO, “Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre tribunales estatales y arbitrales”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol.VII, n.º.1, 2014, pp.103-115; R. LAPIEDRA ALCAMI, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp.77-284. No obstante, siguen existiendo leyes nacionales sobre arbitraje que prohíben la posibilidad de que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares. Es el caso de Italia, China y la República Checa.

<sup>7</sup> La Ley española de arbitraje contempla en el artículo 23.1 la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Por su parte, la competencia de los órganos judiciales para adoptar medidas cautelares en apoyo del proceso arbitral se desprende claramente tanto del juego conjunto de los artículos 8.3 y 11.3 de la Ley española de arbitraje como del artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sobre esta cuestión, Vid. S. BARONA VILAR, “Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares” y S. BARONA VILAR y C. ESPLUGUES MOTA, “Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2 ed., coord. S. Barona Vilar, Madrid, Civitas, 2011, pp.1041-1119 y 307-359, respectivamente. Para un examen del Derecho comparado, Vid. POUURET, J.F., y BESSON, S., *Comparative Law of International Arbitration*, 2 ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2007, pp.521 y ss.; G. BORN, *International Commercial...*, op.cit., pp.2433 y ss.

<sup>8</sup> B. EHLE, “Emergency Arbitration in Practice”, en *New Developments in International Commercial Arbitration 2013*, C. Muller y A. Rigozzi (eds.), Basilea, Schulthess, 2013, pp.89-90; R. BORDACHAR URRUTIA, “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”, *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º.13, 2015, p.84; M. ROTH y C. REITH, “Emergency Rules”, *Yearbook on International Arbitration*, Vol.II, 2012, p.66.

1) afectar a la propia eficacia del laudo futuro, preservando bienes que pueden deteriorarse o perderse durante el procedimiento<sup>9</sup>, 2) conculcar el derecho de defensa de las partes al poder desaparecer o no hacer disponibles medios de prueba<sup>10</sup> o, incluso 3) modificar de manera importante el “statu quo”, de tal manera que fuese muy difícil su restablecimiento al finalizar el procedimiento arbitral<sup>11</sup>.

5. Se ha calculado que, de media, la duración de la fase pre-arbitral - un plazo en donde como se puede fácilmente deducir tiene gran incidencia la propia conducta de las partes y su interés en cooperar-, puede variar entre los tres o cuatro meses hasta que finalmente, se constituye el tribunal arbitral<sup>12</sup>. Y en tal caso, en principio, la única posibilidad que se tenía tradicionalmente para la solicitud de medidas cautelares urgentes durante ese plazo era la opción de acudir a los tribunales de justicia<sup>13</sup>.

6. La vía judicial, que puede ser conveniente en determinadas ocasiones<sup>14</sup> y que, depende, en gran medida, de la jurisdicción nacional concreta, coloca a la partes en una posición francamente contradictoria<sup>15</sup>. Si se ha pactado acudir a un arbitraje para que dirima la diferencia y, por tanto, se quiere huir de la esfera judicial, hay que, sin embargo, volver a los tribunales estatales para solicitar la adopción de medidas cautelares “ante causam”<sup>16</sup>. Y ello puede ser especialmente gravoso tanto en tiempo como en dinero cuando nos encontramos con la lentitud exasperante de los procedimientos judiciales en algunas jurisdicciones nacionales o la actitud poco colaborativa de ciertos jueces con la institución del arbitraje<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> Las medidas en este caso, tendrían como fin no dejar a la parte ganadora en el procedimiento arbitral en situación de desprotección, de modo que, en la práctica, pueda obtener una compensación material por la vulneración sufrida de sus derechos.

<sup>10</sup> Se intentan salvaguardar con estas medidas, los elementos probatorios que pudieran constituir la justificación de la toma de una concreta decisión en uno o en otro sentido por parte del tribunal arbitral.

<sup>11</sup> Aunque no parece posible otorgar una definición universal de esta locución latina, siguiendo a M. A. GANDIA SELLENS, estas medidas que son las que, con mayor frecuencia, se adoptan en la práctica en el arbitraje internacional, tienen como fin: a) preservar el objeto material del litigio, b) otorgar un marco regulatorio a la relación interpartes durante el desarrollo del procedimiento, c) buscar la protección de los derechos de las partes o por último, d) impedir que cualquier acción u omisión de las partes pueda dificultar la decisión final del tribunal arbitral, *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p.130.

<sup>12</sup> T. PROSHKINA, “Why and When One Should Opt for an Emergency Arbitrator”, *Corporate Disputes*, Jul-Sept., 2014, p.115. Como señala R. LAPIEDRA ALCAMI, *Medidas cautelares en el...*, op.cit., p.162, es posible que se impugne el nombramiento de alguno de los árbitros por falta de imparcialidad e independencia o que se utilicen tácticas dilatorias por alguna de las partes, al negarse a nombrar un árbitro, siendo ésta su obligación u oponiéndose al que ha nombrado la otra parte.

<sup>13</sup> C. CAHER y J. MCMILLAN, “Emergency Arbitration: The Default Option of Pre-Arbitral Relief”, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2015*, 12 ed., 2015, Londres, p. 1; R. LAPIEDRA ALCAMI, *Medidas cautelares en el...*, op.cit., p.165; A. YESILIRMAK, *Provisional Measures in...*, op.cit., pp.114-115. Así, se reconoce por ejemplo, la atribución de esa tutela cautelar “ante causam” en el artículo 11.3 de la Ley española de arbitraje y en el artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como nos señala, S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp.254-255.

<sup>14</sup> No es extraño que algunas ventajas de acudir a la vía judicial puedan decantar en favor de esta vía la opción de la parte interesada en solicitar medidas cautelares. Así, será siempre necesaria siempre que la *lex arbitri* no contemple la competencia de los tribunales arbitrales para adoptar medidas cautelares o, cuando se quieran solicitar medidas cautelares frente a terceras partes ajenas al procedimiento arbitral o, también, en aquellas ocasiones en donde se precisan medidas *ex parte*. En este sentido, CASTINEIRA, E., “The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration”, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, nº.1, 2012, pp.71-72; D'AGOSTINO, J., “First Aid in Arbitration: Emergency Arbitrators to the Rescue”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15 de noviembre de 2011, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/11/15/first-aid-in-arbitration-emergency-arbitrators-to-the-rescue> [consultado el 15 de diciembre de 2016]; C. CAHER y J. MCMILLAN, C., “Emergency Arbitration: The Default Option...”, op.cit., p.3.

<sup>15</sup> En este sentido, M. A. GANDIA SELLENS, *El arbitraje frente a los litigios...*, op.cit., p.162.

<sup>16</sup> Con la expresión medidas cautelares “ante causam” se hace referencia a aquellas que son adoptadas antes de que haya comenzado el proceso principal. En relación con el arbitraje, serían aquellas que son adoptadas antes de que se constituya el tribunal arbitral, BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el...*, op.cit., p.251.

<sup>17</sup> B. H. SEPPHARD y J. M. TOWNSEND, “Holding the Fort until the Arbitrators Are Appointed: The New ICDR International Emergency Rules”, *Dispute Resolution J.*, Vol. 61, nº. 2, 2006, p.77. El Centro de Arbitraje Internacional de Singapur –SIAC por sus siglas en inglés–, señala a este respecto que “the availability of emergency relief and the expedited procedure is a welcome and effective alternative to parties who are seeking interim relief, who may be hesitant to navigate the uncertain or unknown terrain of local courts of the other jurisdictions, as well as those looking cut costs in terms of time and money”, “The Emergency Arbitrator and Expedited Procedure in SIAC: A New Direction for Arbitration in Asia”, disponible en <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/420-the-emergency-arbitrator-and-expedited-procedure-in-siac-a-new-direction-for-arbitration-in-asia>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

7. Además, esta opción puede ir en contra de las intenciones de las partes de mantener la existencia de la controversia de manera confidencial<sup>18</sup>, así como el problema resultante de tener que acudir a unos tribunales que, en algunas ocasiones, no están familiarizados ni preparados para resolver cuestiones altamente complejas tanto fáctica como jurídicamente<sup>19</sup>. Por último, y no menos importante, en determinadas ocasiones, es posible incluso, que se tengan que solicitar medidas cautelares que deben ejecutarse en dos o más Estados, con lo que la complejidad de la cuestión obligaría a acudir a distintos tribunales nacionales<sup>20</sup>.

8. Es en este contexto de lograr una mayor eficiencia del sistema arbitral<sup>21</sup> en el ámbito de la adopción de las medidas cautelares donde debemos de colocar la creación de la figura del árbitro de emergencia. Con la misma se pretende dar respuesta a las necesidades de las partes ante el vacío decisorio en la fase pre-arbitral del procedimiento arbitral<sup>22</sup>. Sin cerrar la vía judicial, se ofrece otra alternativa pero ya en sede arbitral<sup>23</sup>. La novedad reside, por tanto, en la posibilidad que las partes tienen de solicitar a la institución arbitral correspondiente el nombramiento de un árbitro de emergencia para la adopción de las medidas cautelares urgentes.

9. Y como tal novedad, presentada en forma de opción u alternativa a los tribunales estatales –sin entrar a realizar un juicio de valor sobre la bondad o no de cada una de las vías–, comienza a evaluarse de forma positiva cada vez en mayor medida, por parte de los usuarios del arbitraje –las partes y sus abogados–, quienes habrán de sopesar el camino a utilizar que más les conviene a sus intereses.

10. A este respecto, y de acuerdo con las estadísticas incluidas en el estudio sobre arbitraje internacional publicado en octubre de 2015 conjuntamente por la Universidad Queen Mary de Londres y el despacho White & Case<sup>24</sup>, un 46% de los usuarios se decantaba por acudir para solicitar medidas cautelares en la fase pre-arbitral a los tribunales estatales, un 29 % le resultaba preferible acudir a un árbitro de emergencia y, un 26% no tenía clara una preferencia entre las dos vías. Entre las razones o factores que más influyen en la elección de una de las dos opciones tiene una importancia primordial la probabilidad de una ejecución exitosa de la medida adoptada, mostrándose partidarios una gran parte (78%) de que las decisiones de los árbitros de emergencia sean ejecutadas de la misma manera que los laudos. Además, una gran mayoría de los usuarios -93%- consideraba muy favorable la inclusión de este procedimiento de emergencia en los reglamentos institucionales de arbitraje, de los que un 38% se ma-

<sup>18</sup> N. VIVEKANANDA y A. PAREEK, “The SIAC Emergency Arbitrator Experience”, *Corporate Disputes*, jul-sep., 2013, p.46.

<sup>19</sup> F. G. SANTACROCE, “The Emergency Arbitrator: A Full-Fledged Arbitrator Rendering an Enforceable Decision?”, *Arbitration International*, Vol.31, nº.2, 2015, p.284.

<sup>20</sup> M. SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings”, Presentation at the 23 Croatian Arbitration Days, Zagreb, 3-4 December, 2015, p.2, disponible en <http://arbitration.fi/files/2016/04/23-cad-savola-interim-measures-and-emergency-arbitrator-proceedings.pdf>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

<sup>21</sup> El logro de una mayor eficiencia del procedimiento arbitral es una de las mayores exigencias que los usuarios del arbitraje internacional están planteando en la actualidad a las instituciones arbitrales. La reducción del tiempo y de los costes es clave para lograr dicha eficiencia y como respuesta para lograr este objetivo comienzan a diseñarse procedimientos acelerados de arbitraje. Un buen ejemplo lo encontramos en el nuevo procedimiento que ha anunciado la ICC y que entrará en vigor el 1 de marzo de 2017, siguiendo la estela de otras instituciones arbitrales que ya habían adoptado un procedimiento similar como el SIAC o el HKIAC. Este procedimiento arbitral acelerado está diseñado para aplicarse de manera automática a reclamaciones que no superen los dos millones de dólares, aunque se deja la puerta abierta a montantes económicos superiores siempre que así lo quieran las partes (cláusula opt-in). El anuncio de la adopción de estas nuevas reglas por parte de la ICC puede encontrarse en la dirección electrónica <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-amends-its-Rules-to-enhance-transparency-and-efficiency/> [consultado el 15 de diciembre de 2016]. Vid. para una primera valoración, L. NOWAK y N. GHIBRADZE, “The ICC Expedited Procedure Rules - Strengthening the Court’s Powers”, *Kluwer Arbitration Blog*, 13 de diciembre de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/12/13/reserved-for-13-december-the-icc-expedited-procedure-rules-strengthening-the-courts-powers/> [consultado el 15 de diciembre de 2016].

<sup>22</sup> C. MÜLLER y S. PEARSON, “Waving the Green Flag to Emergency Arbitration under the Swiss Rules: The Sauber Saga”, *ASA Bulletin*, Vol.33, nº.4, 2015, p.808.

<sup>23</sup> K. TALLENT, “Emergency Relief Pending in the U.S. Context”, en *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, D.Ziyayeva (ed.), Nueva York, Jurisnet, 2015, p.288; FRY, J., GREENBERG, S. Y MAZZA, F., *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*, París, 2012, p. 294; BORN, G., *International Commercial...*, op.cit., p.2451.

<sup>24</sup> *Queen Mary and White & Case’s International Arbitration Survey* (octubre 2015), pp. 28-29, disponible en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> [consultado el 15 de diciembre de 2016].

nifestaba a favor de su carácter obligatorio mientras que un 55% consideraba que debería ser disponible sólo si las partes así lo hubieran querido. Como conclusión el estudio subraya que la fuerte preferencia a favor de incluir este procedimiento del árbitro de emergencia en los reglamentos arbitrales conjuntamente con el número de respuestas que no tenían claro qué opción preferían, mostraba una importante señal de que la utilización del árbitro de emergencia puede incrementarse de manera clara en un futuro. Aunque no se haya utilizado por muchos de los usuarios del arbitraje todavía, casi todos ellos quieren tener siempre esta posibilidad disponible en cualquier momento.

## II. Su rápido crecimiento a nivel global y sus antecedentes

11. Esta institución ha recibido una exitosa y abrumadora acogida en las diferentes instituciones arbitrales a nivel mundial mediante su incorporación expresa en sus reglamentos en estos últimos años<sup>25</sup>. En nuestra opinión, aunque verdaderamente la principal razón de la incesante popularidad de la figura del arbitraje de emergencia hemos de encontrarla en la demanda de los usuarios del arbitraje internacional que han encontrado una nueva alternativa útil para lograr una tutela cautelar de sus derechos, no hay que olvidar también la creciente competencia existente entre las distintas instituciones arbitrales por atraer a los “clientes” de sus servicios, por lo que nadie quiere quedarse atrás y menos aún por no ofrecer un nuevo mecanismo que tienen otros competidores.

12. El Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR) fue el primero en adoptar reglas sobre el arbitraje de emergencia en 2006<sup>26</sup>, siendo seguido, entre otros, en 2010 por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) y el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC)<sup>27</sup>, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en 2012, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) en 2013, y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en 2014. Del mismo modo, es remarcable que, igualmente, las más importantes instituciones arbitrales en España también permitan esta posibilidad hoy en día<sup>28</sup>. En este sentido en 2011 se adoptaron disposiciones sobre esta cuestión por la Corte Española de Arbitraje, en 2014 por el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) y, en 2015 tanto por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) como la Corte de Arbitraje de Madrid.

13. Hemos de recordar que, incluso con anterioridad a que las reglas del ICDR entrasen en vigor, la ICC había adoptado ya en 1990 el reglamento de procedimiento precautorio prearbitral, que establece la designación de un tercero neutral con facultades para ordenar medidas cautelares urgentes con anterioridad a la constitución de un tribunal arbitral conforme al reglamento de la ICC<sup>29</sup>. La utilización de este procedimiento ha sido muy escasa, pues hasta 2014, sólo había 14 casos registrados en relación con este procedimiento<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Para B. BAIGEL, esta popularidad del arbitraje de emergencia se corresponde con la cada vez mayor relevancia de la tutela cautelar en el arbitraje internacional y con la insatisfacción creciente respecto a la vía judicial para la adopción de estas medidas cautelares urgentes, “The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis”, *Journal of International Arbitration*, Vol.31, n.º.1, 2014, p.2.

<sup>26</sup> G. BORN, *International Commercial...*, op.cit., p.2452.

<sup>27</sup> El 1 de agosto de 2016 ha entrado en vigor la reforma de las reglas relativas al procedimiento de arbitraje de emergencia del SIAC cuyo fin es mejorar algunos detalles del régimen previsto con anterioridad, especialmente, tanto en el plazo para el nombramiento del árbitro como en el plazo máximo para la adopción de la decisión por parte del árbitro sobre las medidas cautelares solicitadas.

<sup>28</sup> E. GUTIÉRREZ DE CORTÁZAR, “Tendencias del arbitraje comercial en Europa”, *Anuario de Arbitraje 2016*, G. JIMÉNEZ-BLANCO (coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p.126.

<sup>29</sup> Este reglamento contempla la designación del árbitro en un plazo máximo de ocho días desde la solicitud, con la obligación de dictar una orden adoptando la medida cautelar en un plazo máximo de treinta días. Vid. M. W. BÜHLER, “ICC Pre-Arbitral Referee and Emergency Arbitrator Proceedings Compared”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, Vol.22, 2011, pp.93-98; E. GAILLARD Y P. PINSOLLE, “The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences”, *Arbitration International*, Vol.20, n.º.1, 2004, pp.13-37; C. HAUSMANINGER, C., “The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: a Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?”, *ICSID Review*, Vol.7, n.º.1, 1992, pp.82-113.

<sup>30</sup> A. CARLEVARIS Y J.R. FERIS, “Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol.25, n.º.1, 2014, p.27.

14. La razón fundamental de esta pobre acogida de este procedimiento, -al igual que ocurrió con las reglas similares de la Asociación de Arbitraje Americana (AAA)<sup>31</sup>-, ha de buscarse en la naturaleza “opt-in” del sistema previsto, de tal manera que las partes deben estar de acuerdo expresamente y de manera separada de su cláusula de arbitraje, en acudir a este procedimiento específico<sup>32</sup>. Y es que la propia experiencia nos muestra que cualquier sistema “opt-in”, en la práctica, da como resultado, por regla general, una pobre utilización por parte de los usuarios del arbitraje<sup>33</sup>.

15. No es extraño, por tanto, que todos los reglamentos que incorporan la nueva figura del arbitraje de emergencia hayan incorporado un sistema “opt-out” de las disposiciones sobre ésta<sup>34</sup>. Por lo que, una vez que las partes se someten a un determinado arbitraje institucional, el concreto procedimiento del árbitro de emergencia del reglamento de esa institución está también incluido en su acuerdo, a no ser que las propias partes de manera expresa señalen que no quieren someterse a dichas disposiciones de forma específica. A este respecto, para facilitar a las partes la redacción de una cláusula de este tipo que no pueda dejar lugar a ninguna duda, La Corte de Arbitraje de la ICC ofrece entre sus cláusulas modelo de arbitraje, la siguiente: *arbitration without emergency arbitrator: “All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The Emergency Arbitrator Provisions shall not apply”*.

### III. Su controvertida relación con los tribunales de justicia

16. La incorporación de esta nueva figura puede estar incluso ya modificando, en la actualidad, la relación existente entre los tribunales de justicia y el arbitraje en relación con la tutela cautelar “ante causam”. En principio, la regulación del árbitro de emergencia se ha adoptado para utilizarse como una alternativa a los tribunales estatales, sin que éstos pierdan su capacidad de cooperación y apoyo a los procedimientos arbitrales<sup>35</sup>, tal y como, por otra parte, confirman los distintos reglamentos de arbitraje<sup>36</sup>. Sin embargo, el papel de la justicia estatal para adoptar medidas cautelares en apoyo del arbitraje parece ir disminuyendo incluso, en aquellos casos en que pudiera ser preferible acudir a esta opción<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> “Optional Rules for Emergency Measures of Protection”. Estas reglas contemplan la designación del árbitro en un plazo de un día laborable, con la necesidad de que se aporten las circunstancias de urgencia que apoyan que se decreten las medidas cautelares que se solicitan, Vid. B. H. SEPPHARD y J.M. TOWNSEND, “Holding the Fort until the...”, op.cit., p.78.

<sup>32</sup> A ello debe añadirse la falta de conocimiento de la existencia de este procedimiento por parte de los potenciales usuarios y, en aquellos casos en donde se pudiera conocer, en la no consideración de su necesidad en el momento de pactar la cláusula arbitral para poder lograr una tutela cautelar urgente, P.MIREZE, “Fast-Track & Emergency Measures in M&A & JV Disputes in ICC Arbitration”, *Arbitration E-Review*, n.º.1-2, 2013, p.15; R. BOSE y I. MEREDITH, “Emergency Arbitration Procedure: A Comparative Analysis”, *International Arbitration Law Review*, n.º. 5, 2012, p.187; BORN, G., *International Commercial...*, op.cit., p.2452.

<sup>33</sup> P. SHAUGHNESSY, “Pre-Arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitration Rules”, *Journal of International Arbitration*, Vol.27, n.º.4, 2010, p.350; B. H. SEPPHARD y J.M. TOWNSEND, B., “Holding the Fort until the...”, op.cit., p.78; A. CARLEVARIS Y J. R. FERIS, “Running in the ICC Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.27.

<sup>34</sup> Vid. E. GAILLARD y P. PINSOLLE, “The ICC Pre-Arbitral Referee...”, op.cit., pp.23-24, quienes en relación con el procedimiento precautorio prearbitral establecido por la ICC en 1990, comentan sus virtudes y las ventajas en relación con la posibilidad de acudir a los tribunales nacionales, pero señalan la necesidad de reformar su naturaleza “opt-in”, debiendo ser integrado directamente dentro del reglamento de arbitraje de la ICC.

<sup>35</sup> A. GHAFFARI, y E. WALTERS, “The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?”, *Arbitration International*, Vol. 30, n.º.1, 2014, p.156; E. SUSSMAN y A. DOSMAN, “Evaluating the Advantages and Drawbacks of Emergency Arbitrators”, *TDM*, n.º.6, 2015, p. 8; C. CAHER y J.C. MACMILLAN, “Emergency Arbitration: The Default Option...”, op.cit., p.3; M. ROTH y C. REITH, “Emergency...”, pp.73-74.

<sup>36</sup> Valga como ejemplo lo dispuesto en el artículo 29.7 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la ICC que señala: “*las disposiciones sobre el árbitro de emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento. Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría*”.

<sup>37</sup> En este mismo sentido, C. ESPLUGUES MOTA, “Quo Vadis Arbitratio?”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, S. Barona Vilar (ed.), Cizur Menor, Civitas, 2016, p.414, observa como se está produciendo una cierta ampliación de la capacidad de dictar medidas cautelares por parte de los árbitros en detrimento de los tribunales estatales.

17. Ello se ha hecho especialmente palpable, en primer lugar, tras la decisión de los jueces ingleses en *Seele Middle East FZE v. Scull International SA Co.*<sup>38</sup>, en donde estos tribunales se refirieron a la falta de regulación de un arbitraje de emergencia en el reglamento del arbitraje institucional pactado como fundamento para otorgar la medida solicitada. En otras palabras, la incapacidad de la justicia arbitral para actuar fue la justificación para la concesión de la orden por parte del tribunal. Ello implica, en consecuencia, que si hubiese sido aplicable en este caso, la actual versión del Reglamento de la ICC de 2012 –reglamentación que sí contempla un procedimiento de este tipo–, se hubiera podido señalar por parte de los jueces ingleses que había posibilidad de que un árbitro de emergencia podría haber actuado de forma efectiva en las mismas circunstancias. Ello conlleva y, esto es lo que nos parece altamente relevante, que si tal opción existe y está disponible para el solicitante de la medida, pudiera verse rechazada su petición ante los tribunales de justicia si acudiera a éstos, en vez de al arbitraje de emergencia.

18. Pero, es sobre todo, con la más reciente decisión de los órganos jurisdiccionales ingleses en *Gerald Metals SA v. The Trustees of the Timis & others*<sup>39</sup>, en donde se ha hecho patente esta misma idea. En concreto, el tribunal en este caso examinó la vinculación existente entre las disposiciones contempladas sobre el arbitraje de emergencia en el reglamento de la LCIA –artículo 9B– y las solicitudes de adopción de medidas cautelares a los tribunales ingleses. Para este tribunal, únicamente se podría otorgar la medida cautelar solicitada cuando la vía del árbitro de emergencia fuese incapaz o inadecuada para conceder dicha tutela cautelar.

19. Además, se sostuvo que, en principio, el examen de los requisitos sustantivos para adoptar la tutela cautelar tanto en el reglamento de la LCIA como en la legislación inglesa sobre arbitraje -section 44 de la Arbitration Act 1996- es coincidente, por lo que si en la vía arbitral la Corte de la LCIA había denegado tanto la solicitud de iniciación de un arbitraje de emergencia como la opción de la constitución acelerada de un tribunal arbitral, donde se pudiera adoptar una medida cautelar urgente de embargo precautorio, esa misma decisión se debería tomar por parte del tribunal.

20. Aunque es verdad que las anteriores decisiones pueden encontrar apoyo en el principio de mínima intervención de los tribunales –contemplado específicamente en la section 44 (5) de la Arbitration Act–, no nos parecería del todo lógico, sin embargo, limitar como regla general la capacidad de los tribunales estatales en favor del arbitraje<sup>40</sup>. Sin duda, es verdad, que la consecuencia lógica y coherente de optar por la vía arbitral por las partes sea la posible utilización del árbitro de emergencia y de los tribunales arbitrales una vez que éstos se han constituido para adoptar medidas cautelares. Ello, además, se hace especialmente visible en aquellos supuestos donde los tribunales de justicia pueden actuar de una manera lenta y farragosa o en jurisdicciones nacionales donde no existe una clara tendencia jurisprudencial en favor de apoyar decididamente el desarrollo de los procedimientos arbitrales.

21. Pero, por el contrario, nos plantea serias dudas qué posibles razones pueden fundamentar que se pueda restringir la opción de acudir a la jurisdicción estatal cuando ésta es la vía elegida por el solicitante, por el hecho de que éste considere, entre otras posibles razones, que en este caso puede ser más efectiva y rápida dicha opción<sup>41</sup>. Pensemos, por ejemplo, en los litigios sobre derechos de propiedad

<sup>38</sup> [2013] EWHC 4350 (TCC).

<sup>39</sup> [2016] EWHC 2327 (Ch).

<sup>40</sup> Esta no parece ser la intención buscada cuando se adoptó las disposiciones del reglamento de la LCIA, si observamos el tenor literal de la regla 9.12 que señala que “*Article 9B shall not prejudice any party’s right to apply to a state court or other legal authority for any interim or conservatory measures before the formation of the Arbitration Tribunal; and it shall not be treated as an alternative to or substitute for the exercise of such right*”.

<sup>41</sup> Al respecto nos parece importante recordar las palabras de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Tutela cautelar y arbitraje”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, p.60: “*La puesta en marcha de un procedimiento arbitral no puede impedir, pues, el acceso a la tutela cautelar como parte integrante del más general derecho a la tutela judicial efectiva. Es lógico que cuando las partes deciden someter sus controversias a arbitraje no se produzca una derogación de la jurisdicción sino suspensión de su ejercicio y esta posibilidad, articulada legalmente, es una forma de ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva. Por eso no es admisible que quienes desean ejercer el referido derecho constitucional por la vía arbitral, admitida y*



intelectual, donde es altamente importante la posibilidad de lograr una tutela cautelar urgente por parte de los tribunales estatales.

22. En consecuencia, la vía de la justicia estatal no debería quedar limitado a aquellas ocasiones en donde se haya pactado expresamente una cláusula “opt-out” de las disposiciones concretas sobre arbitraje de emergencia de una determinada institución arbitral<sup>42</sup>. En este sentido, hemos de recordar un principio fundamental respecto a la tutela cautelar arbitral: sólo las partes se ven obligadas o afectadas por las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, convirtiéndose en imprescindible el apoyo de los tribunales estatales para la adopción de medidas cautelares frente a terceros<sup>43</sup>.

#### IV. Las características esenciales del arbitraje de emergencia

23. Si bien es cierto que si descendemos al detalle podemos observar ciertas diferencias entre los distintos reglamentos de arbitraje sobre esta cuestión<sup>44</sup>- por lo que aconsejamos siempre a los posibles usuarios comprobar de manera fidedigna y minuciosa las particularidades de las disposiciones aplicables al caso concreto-, sí que podemos afirmar que en todos ellos se ha pretendido diseñar un procedimiento que logre una rápida y eficiente resolución de las solicitudes que se presentan para que se adopten medidas cautelares urgentes por parte del árbitro de emergencia<sup>45</sup>. En las siguientes páginas nos centraremos en analizar las características principales de este procedimiento.

24. Iniciación a instancia de parte: la solicitud para instar el procedimiento del arbitraje de emergencia, generalmente, se habrá de presentar o bien en el mismo momento o después de la solicitud de iniciación de arbitraje, con el límite máximo del momento en que el expediente haya sido trasladado al tribunal arbitral<sup>46</sup>. Sin embargo, excepcionalmente se permite incluso, que se pueda presentar en un momento temporal anterior a la solicitud de arbitraje, aunque en este último caso, se obliga a presentar esta última en un plazo determinado, sancionándose con la terminación de las actuaciones si no se hubiera llevado a cabo dicha presentación<sup>47</sup>. Esta exigencia constituye una salvaguarda procesal para la parte demandada y se corresponde con la idea de evitar solicitudes frívolas de arbitrajes de emergencia por parte del demandante con el fin de presionar a la otra parte y obtener una ventaja dentro la disputa planteada<sup>48</sup>.

---

*regulada legalmente, se vean privados de esa otra vertiente de la tutela judicial que es el aseguramiento cautelar. Estamos ante una manifestación de la verdadera cooperación entre jueces y árbitros que, en el caso de la adopción de medidas cautelares, es absolutamente necesaria”.*

<sup>42</sup> En este sentido, llaman la atención B. KNOWLES Y W. LAND, en relación con que una de las consecuencias de la decisión en el caso *Gerald v. Timis* citada, podría ser que las partes que desearan un arbitraje bajo el reglamento de la LCIA –o bajo cualquier otro reglamento de una institución arbitral-, incluyesen una cláusula “opt-out” de las normas sobre arbitraje de emergencia de la LCIA, con el fin de preservar la competencia de los tribunales estatales para adoptar medidas cautelares, “Emergency Relief: Court or Tribunal? Your Options May Be more Limited than you Thought”, *Kluwer Arbitration Blog*, 22 de octubre de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/10/22/emergency-relief-court-or-tribunal-your-options-may-be-more-limited-than-you-thought/>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

<sup>43</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol.IX, n.º.1, 2016, p.22.

<sup>44</sup> En este mismo sentido, J. LIM señala al respecto que “*there are only nuanced differences between the emergency arbitrator provisions, which are otherwise similar*”, “Are All Institutional Rules now Basically the Same?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 10 de abril de 2015, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/04/10/are-all-institutional-rules-now-basically-the-same/> [consultado el 15 de diciembre de 2016].

<sup>45</sup> Vid. M. S. PALAY Y T. LANDON, “A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks” *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2012*, 9 ed., 2012, Londres, pp. 1-6.; R. BOSE Y I. MEREDITH, “Emergency Arbitration Procedure...”, op.cit., pp.186-194; F. SANTACROCE, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., pp.285-290; B. EHLE, “Emergency Arbitration...”, op.cit., pp.90-99; M. ROTH Y C. REITH, “Emergency...”, op.cit., pp.67-73.

<sup>46</sup> Artículo 1 del Apéndice I del reglamento de la SIAC, artículo 1 del Apéndice I del reglamento de la CIMA.

<sup>47</sup> Este es el caso del artículo 1.6 del Apéndice V del Reglamento de la ICC, donde se termina el procedimiento del arbitraje de emergencia si la solicitud de arbitraje no es recibida por la Secretaría dentro de los diez días siguientes a la recepción de la petición.

<sup>48</sup> M. S. PALAY Y T. LANDON, “A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions...”, op.cit., p.3; B. EHLE, “Emergency Arbitration...”, op.cit., p.92.

**25.** Tras recibir la solicitud acompañada del pago de los derechos correspondientes, la institución arbitral respectiva evaluará si la solicitud cumple las previsiones e información exigidas. A este respecto, junto con los datos identificativos de las partes y sus representantes y una transcripción del acuerdo de arbitraje, en la solicitud deberá contemplarse, de manera general, dos elementos esenciales<sup>49</sup>: a) la naturaleza y alcance de la medida cautelar solicitada y b) las razones y circunstancias de urgencia que aconsejan que sea adoptada dicha medida.

**26.** Principio de audiencia: tan pronto como sea posible, se transmitirá una copia de la petición a la parte demandada, con el fin de que pueda presentar las alegaciones que considere convenientes. En consecuencia, no tiene cabida, de forma general, la posibilidad de que las medidas cautelares se adopten *ex parte o inaudita altera parte*<sup>50</sup>, y por lo tanto, si la parte desea el “efecto sorpresa” que llevan aparejadas este tipo de medidas habrá de acudir necesariamente a los tribunales nacionales<sup>51</sup>.

**27.** Nombramiento del árbitro: tras el examen de la solicitud y su aceptación<sup>52</sup>, la institución arbitral correspondiente –generalmente en la persona de su Presidente–, en el plazo de uno o dos días después de haber recibido la misma por la parte que desea que se designe un árbitro de emergencia, nombrará a un único árbitro para que adopte las medidas urgentes solicitadas<sup>53</sup>.

**28.** Como fácilmente puede deducirse, el plazo temporal tan breve que se impone en los distintos reglamentos para la designación del árbitro, supondrá una fuerte presión a la institución arbitral para poder identificar y designar a la persona adecuada y que tenga una disponibilidad inmediata y a tiempo completo en las siguientes, más o menos, dos semanas que se tienen para poder tramitar el procedimiento y adoptar una decisión<sup>54</sup>.

**29.** La práctica arbitral nos muestra, sin embargo, que en algunas ocasiones, las reglas de arbitraje no contemplan situaciones que pueden surgir en la designación del árbitro de emergencia. Así, en un caso que se planteó en el SIAC, el Centro como consecuencia de una solicitud de un procedimiento de arbitraje de emergencia, designó a un árbitro de emergencia para decidir sobre la medida cautelar solicitada. Al día siguiente a dicha designación, la parte demandada presentó también una solicitud para la designación de un árbitro de emergencia que adoptase una medida cautelar diferente frente a su contraparte, alegando que también tenía derecho a una tutela cautelar urgente previamente a la constitución del tribunal. El Presidente del Centro decidió aceptar también dicha solicitud, señalando que el mismo árbitro designado con anterioridad también debería conocer de esta segunda solicitud. Por ello, el árbitro de emergencia conoció de ambas solicitudes presentadas por las dos partes, aunque finalmente emitió dos laudos diferentes en relación con cada una de las medidas cautelares solicitadas<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Artículo 1 del Apéndice I del reglamento del SIAC, artículo 9B (5) del reglamento de la LCIA, artículo 3 del Apéndice V de la ICC.

<sup>50</sup> La única excepción se encuentra en el reglamento suizo de arbitraje internacional, revisado en 2012, en sus artículos 26.3 y 43.1., en donde se establece la facultad del árbitro de emergencia de adoptar medidas *ex parte* “en circunstancias excepcionales”. Vid., C. CAHER y J. McMILLAN, “Emergency Arbitration: The Default Option...”, op.cit., p. 3; E. SUSSMAN Y A. DOSMAN, “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., p.8; C. MÜLLER y S. PEARSON, “Waving the Green Flag to Emergency Arbitration...”, op.cit., pp.815-816.

<sup>51</sup> B. EHLE, “Emergency Arbitration...”, op.cit., p.99.

<sup>52</sup> Los reglamentos prevén que la institución arbitral correspondiente ha de valorar y evaluar si la solicitud cumple los requisitos exigidos por las disposiciones concretas aplicables del reglamento de arbitraje de emergencia correspondiente, rechazándose si se careciese manifiestamente de competencia. Artículo 1.5 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 9B (6) del reglamento de la LCIA, artículo 4 del Apéndice I del CIMA.

<sup>53</sup> Artículo 2.1 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 2 del Apéndice I del reglamento del SIAC, artículo 5 del Apéndice IV del reglamento del HKIAC.

<sup>54</sup> En este sentido, y a modo de ejemplo, en el Preámbulo del reglamento del TAB se señala que la necesidad de urgencia ha aconsejado escoger como neutrales a los miembros de la Junta de Gobierno del Tribunal que actuarán por riguroso turno, siempre que no perciban tener conflicto de interés.

<sup>55</sup> SIAC, “The Emergency Arbitrator and Expedited Procedure in SIAC...”, cit.

**30.** Independencia e imparcialidad del árbitro de emergencia: como cualquier otro árbitro, en este caso igualmente son de aplicación, de forma general, las previsiones contempladas en los distintos reglamentos institucionales en relación a su independencia e imparcialidad respecto de las partes involucradas en la controversia<sup>56</sup>. Antes de ser nombrado, toda persona susceptible de actuar como árbitro de emergencia, habrá de suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. Dicha declaración será enviada por la Secretaría de la institución arbitral correspondiente a las partes.

**31.** En consonancia con esta cuestión, desde el momento en que se notifica el nombramiento, se abre un plazo muy breve –de tres días generalmente–, donde se podrá formular la recusación del árbitro de emergencia<sup>57</sup>. Se contempla, además, un régimen de incompatibilidades, quedando prohibida toda intervención posterior como árbitro para la misma controversia, salvo que las partes así lo acuerden<sup>58</sup>.

**32.** Sede del procedimiento del árbitro de emergencia: La sede acordada por las partes para el arbitraje será la misma para el procedimiento del árbitro de emergencia. En todo caso, de no haber sido convenida dicha sede, la institución arbitral será la que la fije de manera definitiva<sup>59</sup>.

**33.** Poderes del árbitro de emergencia: el árbitro de emergencia tiene una competencia plena para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas, pero también es limitada única y exclusivamente a dicha labor<sup>60</sup>. Las facultades del árbitro de emergencia cesarán una vez que el expediente haya sido trasladado al tribunal arbitral.

**34.** Carácter no tasado de las medidas cautelares: en los distintos reglamentos de arbitraje no se establece una lista cerrada de las medidas cautelares que se pueden solicitar y ser otorgadas en un arbitraje de emergencia, sino que la única limitación existente a la facultad del árbitro de emergencia para conceder dichas medidas es que sean necesarias y que no puedan esperar a la constitución del tribunal arbitral<sup>61</sup>. El árbitro de emergencia tiene libertad para poder adaptar las medidas cautelares a las necesidades específicas del caso<sup>62</sup> y, generalmente, tendrá mayores posibilidades de otorgar un número más amplio de medidas que aquellas que son permitidas a los tribunales nacionales<sup>63</sup>.

**35.** Procedimiento a seguir: el árbitro de emergencia cuenta con amplias facultades para decidir sobre la tramitación del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza y urgencia del mismo<sup>64</sup>. Así, en primer lugar, se contempla la obligación del árbitro de emergencia de establecer un calendario procesal para el procedimiento en el menor tiempo posible, estableciéndose como límite de forma general un plazo máximo de dos días desde que se le entrega el expediente<sup>65</sup>. En consonancia además con la discrecionalidad y flexibilidad que ha de acompañar las actuaciones del árbitro de emergencia, éste podrá renunciar a algún trámite procesal como sería la audiencia oral, limitar las alegaciones escritas de las partes o exigir caución suficiente al solicitante de la medida cautelar<sup>66</sup>, pero en todo caso, habrá de asegurarse que cada parte ha tenido una oportunidad razonable de defender sus posiciones. A este respecto, es posible también que, si así se le solicita al árbitro, éste pueda acordar la ampliación de los plazos concedidos a

<sup>56</sup> Artículo 2.4 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 9B (6) del reglamento de la LCIA.

<sup>57</sup> Artículo 4.3 del Apéndice II del reglamento de la SCC, artículo 4.4 del reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid.

<sup>58</sup> Artículo 4 del Apéndice I del reglamento del SIAC, artículo 21 del Apéndice 4 del reglamento de la HKIAC, artículo 4 del reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid.

<sup>59</sup> Artículo 6 del Apéndice I del reglamento de la CIMA, artículo 4 del Apéndice V del reglamento de la ICC.

<sup>60</sup> Artículo 1.2 del Apéndice II del reglamento de la SCC, artículo 6 del Apéndice II del reglamento del SIAC.

<sup>61</sup> Artículo 2 d) del Apéndice IV del reglamento del HKIAC, artículo 3 e) del Apéndice V del reglamento de la ICC.

<sup>62</sup> E. MUÑOZ, “How Urgent Shall an Emergency Be? The Standards Required to Grant Urgent Relief by Emergency Arbitrators”, *Yearbook of International Arbitration*, vol.IV, 2015, pp.51-52.

<sup>63</sup> E. CASTINEIRA, “The Emergency Arbitrator in the...”, op.cit., p.78; B. EHLE, “Emergency Arbitration...”, op.cit., p.97.

<sup>64</sup> K. TALLENT, “Emergency Relief Pending...”, op.cit., p.289; E. SUSSMAN y DOSMAN, A., “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., p.4.

<sup>65</sup> Artículo 5 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 5 del Apéndice I del reglamento del SIAC.

<sup>66</sup> Artículo 5.2 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 7 del Apéndice II del reglamento de la SCC.

las partes para presentar sus alegaciones respectivas. En todo caso y para garantizar la rápida recepción de las distintas comunicaciones que se han de efectuar y hacer posible el cumplimiento de los plazos tan breves que se establecen, es muy recomendable la utilización del correo electrónico<sup>67</sup>.

**36.** Celeridad en la adopción de la decisión por parte del árbitro de emergencia: Aunque cada reglamento establece un plazo máximo distinto para que el árbitro emita su decisión –de unos quince a veinte días de media–<sup>68</sup>, en todos ellos se refleja la misma idea de que una de las ventajas más relevantes para acudir a esta figura ha de ser la rapidez en la toma de las decisiones<sup>69</sup>.

**37.** Estándares para la concesión de la medida cautelar solicitada: A pesar del silencio de los reglamentos institucionales sobre esta cuestión y la gran discrecionalidad otorgada al árbitro de emergencia, este último ha de evaluar la petición de acuerdo con los presupuestos tradicionales previstos para la adopción de las medidas cautelares por parte de los tribunales arbitrales<sup>70</sup>. En consecuencia, de forma general, se constata, que la práctica internacional consagra además del requisito de la urgencia, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*<sup>71</sup>. Ello está en consonancia con lo establecido en el artículo 17A de la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, donde se señala en relación con las condiciones que son necesarias para la concesión de las medidas cautelares, que el solicitante debe convencer al tribunal arbitral de que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada y, b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere.

**38.** A este respecto, la urgencia ha sido el elemento crucial en la práctica hasta ahora para denegar la mayoría de las solicitudes por parte del árbitro de emergencia. En principio, solamente una contestación en negativo al interrogante sobre si se puede esperar a que dicha medida pueda ser evaluada y tomada, en su caso, por parte del tribunal arbitral una vez constituido, será determinante para ver cumplida dicha exigencia<sup>72</sup>. Sin embargo, aunque no siempre es fácil y, ello lo corrobora la práctica arbitral pues hay árbitros de emergencia que en sus decisiones únicamente analizan este requisito dentro de su resolución sobre el fondo<sup>73</sup>, sería preciso diferenciar en la decisión, tal y como señala D. ARIAS<sup>74</sup>, el test de admisibilidad de la solicitud basado en la urgencia del cumplimiento de este estándar de urgencia que se utiliza para valorar si se otorga la medida cautelar solicitada. En este último caso, el árbitro de emergencia habrá de enjuiciar además, si a la creación de la situación de urgencia ha contribuido o no el solicitante con su conducta, lo cual le puede impedir lograr que se adopte la medida cautelar solicitada.

**39.** Flexibilidad en la forma que adopta la decisión del árbitro: se otorga de manera general una cierta libertad para decidir sobre la forma que ha de adoptar la decisión por parte del árbitro, ya sea

---

<sup>67</sup> Así, lo aconseja D. ARIAS, “El procedimiento de árbitro de emergencia”, *Anuario de Arbitraje 2016*, G. Jimenez-Blanco (coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp.145-146, quién lo contrapone con la utilización de medios físicos de entrega de la documentación en un caso concreto, lo que puede demorar enormemente el procedimiento y frustrar el objetivo buscado cuando se pone en marcha el mismo.

<sup>68</sup> Artículo 12 del Apéndice IV del reglamento del HKIAC, artículo 9.B.8 del reglamento de la LCIA.

<sup>69</sup> E. SUSSMAN y A. DOSMAN, “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., p.2.

<sup>70</sup> M. MIRO GILI, “La decisión del árbitro de emergencia. Su contenido, ejecutabilidad y ejecución”, *Spain arbitration review*, nº.16, 2013, pp.42-43; E. SUSSMAN y DOSMAN, A., “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., p.5.

<sup>71</sup> D. ARIAS, “El procedimiento de...”, op.cit., pp.150-151; M. SAVOLA, “Interim Measures and Emergency...”, op.cit., pp.21-22.

<sup>72</sup> C. BAO, “Developing the Emergency Arbitrator Procedure: The Approach of the Hong Kong International Arbitration Center”, en *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, D.Ziyaeva (ed.), Nueva York, Jurisnet, 2015, p.278; M. GRANDO, “The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration: A Report from the 28th Annual ITA Workshop”, *Kluwer Arbitration Blog*, 20 de julio de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/07/20/the-coming-of-age-of-interim-relief-in-international-arbitration-a-report-from-the-28th-annual-ita-workshop/>, [consultado el 15 de diciembre de 2016]; E. MUÑOZ, “How Urgent Shall an...”, op.cit., p.61.

<sup>73</sup> Vid. A. CARLEVARIS y J. R. FERIS, A., “Running in the ICC Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.35.

<sup>74</sup> D. ARIAS, “El procedimiento de...”, op.cit., pp.152-154.

en forma de laudo u orden<sup>75</sup>. En todo caso, sin embargo, y cualquiera que sea la forma que adopte, la decisión habrá de ser motivada y deberá explicar las razones por las que está decretando las medidas cautelares solicitadas<sup>76</sup>.

**40.** Decisiones vinculantes para las partes: desde el mismo momento que se adoptan por parte del árbitro de emergencia, las partes quedan obligadas a cumplir su contenido<sup>77</sup>. En todo caso, cabe que el árbitro de emergencia, si así se le solicitase, pueda modificar, dejar sin efecto o anular su decisión previa. El tribunal arbitral, por el contrario no queda vinculado en ningún momento por lo dictado en el arbitraje de emergencia, actuando de manera totalmente independiente, por lo que una vez constituido, puede confirmar, modificar o dejar sin efecto la decisión adoptada por el árbitro de emergencia<sup>78</sup>.

**41.** La visión general que podemos extraer de las características descritas nos proporciona, en consecuencia, un procedimiento que, a grandes rasgos, está investido de las notas de celeridad en la designación del árbitro de emergencia y en la tramitación del procedimiento por éste, protección de los derechos de las partes, temporalidad de las medidas adoptadas y falta de prejuzgamiento respecto al fondo del litigio<sup>79</sup>.

## V. La problemática cuestión de la ejecutabilidad de las decisiones de los árbitros de emergencia

**42.** Desde la introducción de este tipo de procedimiento en los distintos reglamentos de arbitraje, las mayores preocupaciones y dudas que se han planteado han sido en relación con la cuestión de si las decisiones de los árbitros de emergencia son o no ejecutables y bajo qué presupuestos lo serían<sup>80</sup>, en particular, cuando la medida es adoptada en un arbitraje con sede en el extranjero y se hace preciso instar, con anterioridad, el exequátur de la misma.

**43.** Tomando en consideración las distintas observaciones realizadas sobre este aspecto, es posible diferenciar tres importantes problemas en relación con la ejecutabilidad de las decisiones adoptadas en un procedimiento arbitral de emergencia: a) el exacto estatus del árbitro de emergencia, o dicho de otra manera, la consideración del mismo como un verdadero árbitro en relación con la leyes nacionales sobre arbitraje, dado que las mismas en su gran mayoría no hacen referencia a este procedimiento, b) la naturaleza temporal de las decisiones del árbitro de emergencia y, c) la forma en que se plasma la decisión del árbitro de emergencia.

**44.** En relación a la primera de las cuestiones, hemos de señalar que la gran mayoría de las legislaciones nacionales sobre arbitraje guardan silencio sobre el arbitraje de emergencia. En las mismas y, siempre que éstas contemplen la tutela cautelar arbitral, únicamente y de forma general, se otorga a los “tribunales arbitrales” y a los “árbitros” la potestad de adoptar medidas cautelares y que dichas decisiones puedan ser ejecutadas por parte de los tribunales nacionales<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> Artículo 8.2 del Apéndice I del reglamento de la CIMA, artículo 6 del Apéndice I del reglamento del SIAC, artículo 12 del Apéndice IV del reglamento HKIAC.

<sup>76</sup> Artículo 6.3 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 8.2 del Apéndice II del reglamento de la SCC.

<sup>77</sup> Artículo 9.1 del Apéndice II del reglamento de la SCC, artículo 9.1 del Apéndice I del reglamento del SIAC.

<sup>78</sup> Artículo 7 del Apéndice I del reglamento del SIAC, artículo 19 del Apéndice IV del HKIAC, artículo 8.2 del Apéndice I del reglamento del CIMA.

<sup>79</sup> I. RIVERA, “El árbitro de emergencia. Una figura en crecimiento”, *Revista de Arbitraje PUCP*, n° 4, 2014, pp.172-173; R. BORDACHAR URRUTIA, “Medidas cautelares en arbitraje...”, op.cit., p.90.

<sup>80</sup> Vid. J. FRY, “The Emergency Arbitrator - Flawed Fashion or Sensible Solution?”, *Dispute Resolution International*, Vol.7, n° 2, 2013, pp.179-197; MIRO GILL, M., “La decisión del árbitro de emergencia...”, op.cit., pp.51-56; SANTACROCE, F., “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., pp.283-312; A. GHAFARI, y E. WALTERS, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., pp.158-164.

<sup>81</sup> Entre estos países, puede citarse Inglaterra, Alemania, Suiza o Croacia. Vid. G. BORN, *International Commercial...*, op.cit., pp.2516-2519. En este sentido, puede citarse el artículo 23.1 de la Ley española de arbitraje que señala que “salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares

45. Ante el vacío legal existente y la problemática derivada<sup>82</sup>, han comenzado a modificarse algunas de las legislaciones nacionales con el fin de otorgar un estatus claro de árbitro al árbitro de emergencia y posibilitar la ejecución de sus decisiones por parte de los tribunales estatales. No hay mejor mecanismo para asegurar que las decisiones de los árbitros de emergencia serán ejecutables que una previsión expresa legislativa, pero por ahora, las modificaciones legales en este sentido son todavía muy escasas<sup>83</sup>.

46. Así, en primer lugar, en 2012 se modificó la Ley de arbitraje internacional de Singapur para incluir dentro de la definición de tribunal arbitral al árbitro de emergencia nombrado conforme a lo pactado por las partes, incluyendo las reglas de arbitraje aplicables de una institución u organización<sup>84</sup>, con lo que se otorga el mismo estatus jurídico y poderes que cualquier otro tribunal arbitral, asegurando que las decisiones emitidas en el marco de un procedimiento de arbitraje de emergencia serán ejecutables conforme a la section 12.6 de la Ley<sup>85</sup>.

47. En segundo lugar, de la misma manera, se enmendó en 2013 la Ley de arbitraje de Hong Kong<sup>86</sup>, como respuesta a la adopción de las reglas de las HKIAC que incorporan un procedimiento de arbitraje de emergencia, para incorporar una definición del árbitro de emergencia y dejar claro que los tribunales de Hong Kong podrán ejecutar decisiones que adopten medidas cautelares ordenadas por un árbitro de emergencia, con sede en Hong Kong o en el extranjero<sup>87</sup>.

48. En tercer lugar, muy recientemente, en octubre de 2016, se ha modificado la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda con el objetivo de ampliar la definición de “tribunal arbitral” (section 2.1 Arbitration Act 1996) para incluir también al “árbitro de emergencia”<sup>88</sup>. Si bien es verdad que en este país, generalmente esta modificación tendrá poco impacto práctico, dado que en el mismo de manera general no suele utilizarse el procedimiento del arbitraje de emergencia, ya que por una parte, lo normal es el desarrollo de procedimientos de arbitraje *ad hoc* y no de arbitrajes institucionales en cuyos reglamentos es como hemos visto, donde se contempla esta figura y, por otra parte, existe una clara y rectilínea jurisprudencia de asistencia de los tribunales de dicho Estado para adoptar medidas cautelares en apoyo de los arbitrajes con sede en su territorio<sup>89</sup>.

49. En relación con la segunda de las cuestiones, tal y como ya hemos señalado, una de las características básicas de las decisiones sobre medidas cautelares en el arbitraje de emergencia es su temporalidad, en el sentido que su carácter vinculante queda a expensas de lo que decida el tribunal arbitral una vez constituido, quién puede confirmarlas, modificarlas o incluso desestimarlas íntegramente<sup>90</sup>.

---

*que estimen necesarias respecto al objeto del litigio*”, añadiéndose en el apartado segundo de este mismo artículo que “*a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les será de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos*”.<sup>9</sup>

<sup>82</sup> Mientras que para F. SANTACROCE, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.311, una vez analizadas las características esenciales del procedimiento del arbitraje de emergencia, la figura del árbitro de emergencia tendría una naturaleza jurisdiccional, similar a la de cualquier tribunal arbitral, B. BAIGEL, “The Emergency Arbitrator Procedure...”, op.cit., pp.17-18, opina que la función cumplida por el árbitro de emergencia es meramente de naturaleza contractual, lo que incide directamente en la imposibilidad de utilizar la vía prevista legalmente para la ejecución de las medidas cautelares adoptadas por parte de los tribunales arbitrales.

<sup>83</sup> En relación a España, la Ley de arbitraje no contempla la figura del árbitro de emergencia ni tampoco lógicamente las medidas cautelares de urgencia. Para C. GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, este silencio puede ser comprensible si se atiende a que fue en 2003 cuando fue adoptada, pero sin embargo, parece más sorprendente que no se haya aprovechado la reforma del 2011 para haberla incorporado a nuestro Ordenamiento jurídico, “Comentario al apéndice I: árbitro de emergencia”, en *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)*, Madrid, CIMA, 2016, p.498. op.cit., p.52.

<sup>84</sup> Section 2.1 de la Singapore International Arbitration Act (Cap. 143A).

<sup>85</sup> J. FRY, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., pp.193-194.

<sup>86</sup> Sections 22.A y 22B.2 de la Hong Kong Arbitration Ordinance (Cap. 609).

<sup>87</sup> C. BAO, “Developing the Emergency...”, op.cit., p.283.

<sup>88</sup> Section 4 de la Arbitration Amendment Act 2016.

<sup>89</sup> D. KALDERIMIS y K. YESBERG, “Recent Amendments to New Zealand’s Arbitration Act”, *Kluwer Arbitration Blog*, 28 de noviembre de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/11/28/recent-amendments-to-new-zealands-arbitration-act/> [consultado el 15 de diciembre de 2016].

<sup>90</sup> E. SUSSMAN y DOSMAN, A., “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., p.6.

**50.** En estas circunstancias no es nada extraño que se planteen dudas sobre la posibilidad de su ejecución dado que no tiene la naturaleza de un laudo “final”-con efecto de cosa juzgada-, una característica además que comparte con las decisiones sobre medidas cautelares adoptadas por los tribunales arbitrales y que, conduciría, según una opinión bastante extendida, a la falta de cumplimiento de uno de los requisitos contemplados en el régimen del Convenio de Nueva York de 1958<sup>91</sup>, régimen aplicable a nivel mundial, con carácter general, para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

**51.** Sin embargo, aunque limitadas en número, existen algunas jurisdicciones nacionales que no dudan en ejecutar las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares como si fueran laudos finales, otorgando a dicha característica una interpretación más amplia, vinculada con el objetivo de dotar al tribunal arbitral de todos los mecanismos necesarios para cumplir fielmente su misión como órgano decisorio<sup>92</sup>. En especial, este sería el caso de los tribunales norteamericanos<sup>93</sup>. Del mismo modo, no parece que hubiera problemas en ejecutar las decisiones de los árbitros en aquellos casos en donde las legislaciones nacionales hayan incorporado lo dispuesto en el artículo 17 apartados H) e I) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional o bien, existiese una disposición en su legislación interna similar a la contemplada en el artículo 183.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado<sup>94</sup>.

**52.** En relación a España, M.GÓMEZ JENE ha defendido la imposibilidad de someter a exequátur una decisión arbitral sobre medidas cautelares, fundamentándose tanto en lo dispuesto en el Convenio de Nueva York de 1958 como en lo previsto en el artículo 41.3 del Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que señalaba la exclusión de su ámbito de aplicación de toda medida cautelar dictada por una autoridad judicial extranjera<sup>95</sup>. Sin embargo, finalmente el artículo 41.4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015, contempla en la actualidad la posibilidad de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y provisionales, cuando su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva y siempre que se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria, lo que supone un argumento favorable para matizar esta posición y dejar la puerta abierta a un posible reconocimiento<sup>96</sup>.

**53.** En conclusión, aunque hemos de reconocer que la propia naturaleza “temporal” de las medidas adoptadas en las decisiones de los árbitros supone el mayor obstáculo para su ejecución por parte de los tribunales estatales, especialmente cuando se insta previamente el exequátur de las mismas por tener

---

<sup>91</sup> Vid. N. VOSER, “Interim Relief in International Arbitration: The Tendency Towards a More Business-Oriented Approach”, *Dispute Resolution International*, Vol.1, n.º.2, December, 2007, p.184; BROWN, C., “The Enforcement of Interim Measures Ordered by Tribunal and Emergency Arbitrator”, en *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, ed. A. J. Van den Berg, La Haya, Kluwer, 2013, p.286.

<sup>92</sup> F. SANTACROCE, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., pp.303-304.

<sup>93</sup> A. YESILIRMAK, *Provisional Measures in...*, op.cit., pp.253-254, G. BORN, *International Commercial...*, op.cit., pp.2514-2519.

<sup>94</sup> En este sentido, C. BOOG y B. STOFFEL, “Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances”, en *Ten Years of Swiss Rules of International Arbitration*, Huntington, Jurisnet, 2014, p.81. Recordar, tal y como hemos señalado, como expresamente la Ley de arbitraje de Hong Kong incluye a las decisiones de los árbitros de emergencia en su section 22B (1), señalando que: “Any emergency relief granted, whether in or outside Hong Kong, by an emergency arbitrator under the relevant arbitration rules is enforceable in the same manner as an order or direction of the Court that has the same effect, but only with the leave of the Court”.

<sup>95</sup> M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje internacional y Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *La Ley*, n.º.8388, 30 de septiembre de 2014, p.6.

<sup>96</sup> Téngase en cuenta que el procedimiento para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en España es hoy el contemplado en el Título V de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015, teniendo en cuenta la especialidad que supone que la competencia para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros la tiene la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con el artículo 8.6 de la Ley de Arbitraje y que, en consecuencia, para la ejecución será órgano competente los Juzgados de Primera Instancia. Esta competencia también incide de manera específica en la imposibilidad de aplicar el régimen de recursos previsto de forma general en el artículo 55 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, donde frente al auto de exequátur dictado por el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de lo Mercantil, según sea el caso, cabe recurso de apelación y eventualmente recurso por infracción procesal o recurso de casación.

el arbitraje la sede en el extranjero<sup>97</sup>, una contestación a esta cuestión de manera global y categórica no cabe otorgarla hoy en día, sino que más bien, dependerá de la concreta jurisdicción nacional donde dicha ejecución ha sido solicitada. En este sentido, ciñéndonos exclusivamente a los laudos emitidos por árbitros de emergencia podemos citar ya algunos ejemplos donde se ha acordado la ejecución por parte de tribunales estatales de la decisión arbitral adoptada, tanto de forma directa en los casos norteamericanos *Yahoo Inc. v. Microsoft Corp.*<sup>98</sup> y *Blue Cross Blue Shield of Michigan v. Medimpact Healthcare Systems*<sup>99</sup>, como de manera indirecta en el caso *HSBC PI Holdings (Mauritius) Ltd. v. Avitel Post Studios Ltd. and Others*, planteado ante los tribunales indios<sup>100</sup>.

54. Por último, y en relación con la tercera de las cuestiones, hemos de recordar que las decisiones de los árbitros de emergencia pueden adoptar la forma de laudos o de órdenes<sup>101</sup>. La forma en que se otorga la decisión puede tener incidencia clara sobre su ejecutividad dada la tendencia general de los distintos Ordenamientos jurídicos a reconocer únicamente ejecutividad a los laudos<sup>102</sup>.

55. Sin embargo, a pesar de que, a primera vista, esta cuestión parece muy relevante, la misma pierde gran importancia cuando se evalúa la manera de actuar de algunos tribunales estatales donde se ha planteado esta problemática, como han sido los norteamericanos o los franceses<sup>103</sup>. En este sentido, no hay dudas que analizando los casos planteados, los jueces han establecido que la clave reside en determinar la verdadera naturaleza de la decisión de los árbitros y si la misma pone fin y de manera definitiva a la cuestión específica planteada ante éstos, de tal manera que primando el aspecto sustantivo sobre el formal, haya de ser ejecutada<sup>104</sup>. Los tribunales estatales, en estas situaciones, no han dudado en estimar

<sup>97</sup> En este caso, realmente la discusión sobre su viabilidad pierde gran parte de su interés cuando se contraponen con su utilidad y eficacia. En efecto, dado el lapso de tiempo que es necesario para lograr el exequátur, en muchas de las ocasiones con casi total seguridad se habrá producido el daño que se tratase de evitar, con lo cual la medida cautelar ya no serviría absolutamente para nada. Por ello, en la práctica, sería mucho más conveniente en la práctica en estas situaciones, siempre que se pueda, solicitar la medida cautelar ante los tribunales de justicia del lugar donde deba de ser ejecutada.

<sup>98</sup> US District Court, Southern District of New York, 13 CV 7237, October 21, 2013. En este caso, el recurso de anulación interpuesto por parte de Yahoo fue rechazado. El tribunal señaló que la medida cautelar otorgada por parte del árbitro de emergencia era en esencia final y por ello cumplía los requisitos exigidos para su ejecución.

<sup>99</sup> 2010 WL 2595340 (E.D. Mich. June 24, 2010). El tribunal sostuvo que la decisión del árbitro de emergencia podía considerarse final y resolvía sobre la específica cuestión de la medida cautelar solicitada consistente en el mantenimiento de la vigencia del contrato mientras se siga desarrollando el procedimiento arbitral. Comparar, sin embargo, con *Chinmax Medical Systems v. Alere San Diego*, 2011 WL 2135350 (S.D. Ca. May 27, 2011), donde el tribunal rechazó admitir el recurso de anulación de una decisión de un árbitro de emergencia bajo el fundamento de que la misma no puede considerarse un laudo.

<sup>100</sup> El Tribunal Superior de Bombay adoptó la medida cautelar solicitada –bloqueo de una cuenta bancaria–, siguiendo fielmente el razonamiento llevado a cabo por parte del árbitro de emergencia en su decisión previa, procedimiento que se había llevado a cabo de acuerdo con las reglas del SIAC. En este caso, las partes habían pactado en el contrato que únicamente los tribunales nacionales serían los competentes para adoptar medidas cautelares, por lo que, a pesar de existir una decisión previa por parte de un árbitro de emergencia, se solicitó la adopción de nuevo y de manera independiente la misma medida cautelar ante los tribunales indios. Sin embargo, puede compararse con el reciente caso *Raffles Design International India Pvt. Ltd. & Anr. v. Educomp Professional Education Ltd. & Ors.*, donde el Tribunal Superior de Delhi señaló que, aún a pesar de la existencia previa de una decisión de un árbitro de emergencia dictada en un procedimiento llevado a cabo en Singapur de acuerdo con el reglamento del SIAC, este tribunal tenía libertad para poder valorar y otorgar de manera independiente la medida cautelar solicitada. Vid. K. MAHAJAN y S. GUPTA, “Uncertainty of Enforcement of Emergency Awards in India”, *Kluwer Arbitration Blog*, 7 de diciembre de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/12/07/uncertainty-of-enforcement-of-emergency-awards-in-india/> [consultado el 15 de diciembre de 2016].

<sup>101</sup> En este sentido, recordar que la mayoría de los reglamentos arbitrales permiten que la decisión del árbitro de emergencia adopte la forma de laudo, con la excepción más significativa de la ICC –artículo 6 del Apéndice V del reglamento–, donde la decisión adopta la forma de orden, con el fin de que dicha decisión no se vea sometida al procedimiento de examen y escrutinio –el tiempo siempre como factor fundamental– al que se ven sometidos los laudos de manera general, FUMAGALLI, L., “Le Emergency Arbitration Rules nel nuovo Regolamento di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale”, *Rivista dell'arbitrato*, n.º.3, 2013, p.664.

<sup>102</sup> En este sentido, N. VOSER y BOOG, “ICC Emergency Proceedings: An Overview”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, Vol.22, 2011, p. 85; C. CAHER, y J. MCMILLAN, “Emergency Arbitration: The Default Option...”, op.cit., p. 2; BAO, C., “Developing the Emergency...”, op.cit., pp.278-279.

<sup>103</sup> K. TALLENT, “Emergency Relief Pending...”, op.cit., pp.300-301; A. GHAFARI y E. WALTERS, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.163.

<sup>104</sup> R. BOSE y I. MEREDITH, “Emergency Arbitration Procedure...”, op.cit., p.192.



que era preciso ejecutar las decisiones adoptadas por los árbitros sobre medidas cautelares con el fin de evitar causar un daño irreparable al solicitante o a la propia integridad del procedimiento arbitral<sup>105</sup>.

**56.** Las anteriores consideraciones sin embargo, no deben ser sobrevaloradas. Es verdad, que pueden convertirse en algunos casos, en obstáculos a la ejecución de las decisiones de los árbitros de emergencia, pero si observamos la práctica nos daremos cuenta que en la inmensa mayoría de los casos las partes cumplen voluntariamente lo ordenado por el árbitro de emergencia<sup>106</sup>.

**57.** Bien es verdad que, entre las razones de este cumplimiento voluntario, no cabe duda que ejerce un gran peso el temor a que el tribunal arbitral una vez constituido, tome en consideración la conducta nada cooperativa con el desarrollo del procedimiento de la parte incumplidora. Se pueden extraer consecuencias adversas para la parte recalcitrante al cumplimiento por parte del tribunal y tomarse en consideración dicho comportamiento incidiendo directamente en el cálculo tanto del montante económico final otorgado en el posible laudo condenatorio en cantidad, como en la imposición de las costas<sup>107</sup>. A este respecto, podría ser posible si así se le solicita al tribunal, que se impusiese una pena pecuniaria a la parte incumplidora por los daños y perjuicios causados por su conducta<sup>108</sup>, al haber roto su compromiso previsto en los distintos reglamentos arbitrales de que las partes están obligadas a cumplir el contenido de las decisiones de los árbitros de emergencia, tal y como hemos señalado con anterioridad. Sin embargo, nos parece que es ciertamente ir demasiado lejos en cuanto a las consecuencias que el tribunal pudiera decidir el fondo únicamente incidiendo en la conducta no cooperativa de la parte incumplidora de la medida provisional, pues en tal caso, podría estar desviándose de su mandato y de la obligación de resolver la disputa de manera imparcial<sup>109</sup>.

## VI. Valoración final

**58.** Como conclusión final podemos afirmar que la institución del arbitraje de emergencia ha llegado para quedarse dentro del mundo del arbitraje internacional y no sólo además, en relación con las disputas derivadas de los intercambios comerciales transnacionales. En este sentido, valga como ejemplo la incipiente utilización de esta vía en el arbitraje inversor-Estado, especialmente mediante el procedimiento de arbitraje de emergencia bajo las reglas de la SCC, en donde se han registrado cuatro solicitudes contra los Estados desde 2014 –tres frente a Moldavia y uno frente a Ucrania–<sup>110</sup>.

**59.** A pesar de que, ciertamente todavía es muy reciente su incorporación a la oferta de posibilidades de lograr una tutela cautelar arbitral, las solicitudes para poner en marcha este procedimiento nos

<sup>105</sup> M. SAVOLA, “Interim Measures and Emergency...”, op.cit., p.23; K. TALLENT, “Emergency Relief Pending...”, op.cit., p.310; E. SUSSMAN y DOSMAN, A., “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., pp.6-7.

<sup>106</sup> C. BAO, “Developing the Emergency...”, op.cit., p.282; A. CARLEVARIS y J. R. FERIS, “Running in the ICC...”, op.cit., p.37; J. FRY, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.196. De acuerdo con N. VIVEKANANDA y A. PAREEK, en todos los casos que han sido resueltos en el SIAC, las partes han cumplido con lo ordenado por el árbitro de emergencia o bien han llegado a un acuerdo en esta fase inicial del litigio, “The SIAC Emergency...”, op.cit., p.48.

<sup>107</sup> B. EHLE, “Emergency Arbitration...”, op.cit., p.101; M.S. PALAY, y T. LONDON, “A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions...”, op.cit., p.5. A modo de ejemplo, el artículo 29.4 del reglamento de arbitraje de la ICC señala que “el tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la orden”.

<sup>108</sup> C. DE LOS SANTOS LAGO, y V. BONNIN, “Emergency Proceedings under the New ICC Rules”, *Spain Arbitration Review*, nº.13, 2012, pp.15-16; SIMSIVE, P., “Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator’s Orders”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15 de abril de 2015, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/04/15/indirect-enforceability-of-emergency-arbitrators-orders/>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

<sup>109</sup> En este mismo sentido, G. BORN, *International Commercial...*, op.cit., p.2448.

<sup>110</sup> Casos TSIKInvest C. MOLDAVIA, JKK Oil & Gas, Poltava Gas y Poltava Petroleum c. Ucrania, Evrobalt c. Moldavia y Kompozit c. Moldavia. Vid. Y. BUROVA, “Interim Relief against the Host State: Analysis of Emergency Awards against Moldova”, disponible en <http://www.cisarbitration.com/2016/07/28/interim-relief-against-the-host-state-analysis-of-emergency-awards-against-moldova/>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

parecen que son ya muy significativas en número. A este respecto, y de acuerdo con los datos ofrecidos por P. SHAUGNESSY, a junio de 2016, ICDR había recibido 67 solicitudes, SIAC 50, ICC 34, SCC 23 y HKIAC 6<sup>111</sup>. Aunque la tendencia existente es hacia un incremento cada vez mayor de la utilización de esta vía en comparación con la opción de los tribunales estatales, todavía se refleja una cierta precaución –que en todo caso nunca va a desaparecer, por lo menos en un futuro inmediato–, en gran medida debido a la existencia de algunos inconvenientes y dificultades que lleva aparejada su uso, en especial, tal y como ya hemos reseñado, en relación con la ejecución de las medidas adoptadas y la imposibilidad de dictarlas respecto a terceros ajenos a las partes en la controversia<sup>112</sup>.

60. La adopción de este procedimiento se ha pensado como alternativa pero nunca como sustitutivo de los tribunales estatales, y como tal opción habrá de ocupar un lugar relevante, mereciendo ser evaluada cuando se busca la tutela cautelar en la fase inicial del litigio. Una valoración que en todo caso, debería contemplar respuestas afirmativas a ciertos interrogantes cómo: ¿en el reglamento institucional aplicable existe la posibilidad de acudir al arbitraje de emergencia?, ¿es realmente necesario solicitar la medida cautelar en nuestro caso antes de la constitución del tribunal arbitral?, ¿es más conveniente que acudir a los tribunales estatales? o, ¿es posible asumir los costes de tal solicitud?<sup>113</sup>. Por último, pero no menos importante, no hay que olvidar que la mera posibilidad de la puesta en marcha de un procedimiento de este tipo puede tener una influencia decisiva en muchos casos para lograr un acuerdo entre las partes en la fase inicial del litigio, lo que por sí mismo, ha de ser valorado positivamente<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> M. GRANDO cita estos datos ofrecidos por P. SAUGHNESSY en su ponencia realizada en el vigésimo octavo workshop anual del ITA (Institute for Transnational Arbitration), que tuvo lugar el 16 de junio de 2016 en Dallas, Vid. “The Coming of Age of Interim Relief...”, cit., disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/07/20/the-coming-of-age-of-interim-relief-in-international-arbitration-a-report-from-the-28th-annual-ita-workshop/>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

<sup>112</sup> Valga como ejemplo que en los dos casos donde se solicitó que se adoptase una medida cautelar frente a un tercero en el procedimiento de arbitraje de emergencia de la SCC, el árbitro de emergencia lógicamente rechazó dicha petición señalando que no tenía jurisdicción, M. SAVOLA, “Interim Measures and Emergency...”, op.cit., p.22.

<sup>113</sup> Las elevadas costas por iniciar un procedimiento de este tipo pueden tener cierto efecto disuasorio. Si se actúa bajo el reglamento de la ICC serían alrededor de cuarenta mil dólares y de acuerdo con el reglamento de la LCIA la cifra alcanzará las veintiocho mil libras. No es descartable que al realizar una comparación con lo que cuesta acceder a los tribunales estatales, se pudiera preferir optar por estos últimos a la hora de solicitar la adopción de las medidas cautelares, WELSER, I., “Fast Track Proceedings, Expedited Procedure and Emergency Arbitrator - Pros and Cons”, en *The Challenges and the Future of Commercial and Investment Arbitration*, Varsovia, Lewiatan Court of Arbitration, 2015, p. 223; M. ROTH y C. REITH, “Emergency...”, p.74.

<sup>114</sup> A. CARLEVARIS y J. R. FERIS, “Running in the ICC Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.38. En este sentido, E. GUTIERREZ DE CORTAZAR, “Tendencias del arbitraje...”, op.cit., p.127, informa sobre que el único caso de solicitud de árbitro de emergencia ante la Corte de Arbitraje de Madrid, en relación con la entrega de un buque, no fue resuelta finalmente por parte del árbitro de emergencia designado, ya que las partes llegaron a un acuerdo una vez que se había puesto en marcha el procedimiento.

# CLÁUSULAS ESCALONADAS MULTIFUNCIÓN EN EL ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES INTERNACIONALES

## MULTI-TIERED CLAUSES IN THE INTERNATIONAL DISPUTES RESOLUTION

ANA FERNÁNDEZ PÉREZ

*Profesora doctora de Derecho internacional privado  
Universidad de Castilla La Mancha*

Recibido: 13.10.2016 / Aceptado: 20.10.2016

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3615>

**Resumen:** El Derecho de los negocios internacionales es testigo de una creciente preferencia hacia las cláusulas escalonadas multifunción para el arreglo de controversias (MTDRCs) debido a la naturaleza adaptable de tales procesos en una amplia gama de conflictos. Sin embargo, la falta de claridad sobre su aplicabilidad persiste en algunas jurisdicciones. En este estudio se analiza la naturaleza conceptual de las cláusulas de varios niveles y se detallan los beneficios de las mismas. Pese a algunos problemas de funcionamiento estas cláusulas han llegado a ser reconocidas como un método comúnmente aceptado para la solución de las controversias en los contratos comerciales, particularmente en los contratos de construcción.

**Palabras clave:** cláusulas escalonadas multifunción para el arreglo de controversias, ADR, carácter previo, arbitraje, exigibilidad.

**Abstract:** The International Business Law is witnesses an increasing preference for Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses (MTDRCs) because of the adaptable nature of such processes to a diverse range of disputes. However, the absence of clarity on the applicability persists on their enforceability in some jurisdictions. This paper discusses the conceptual nature of the multi-tiered clauses and explains the benefits of these clauses. Although some problems about these clauses there have become recognized as a commonly accepted method for resolving disputes in commercial contracts, particularly in construction contracts.

**Keywords:** Multi-Tiered Dispute Resolution Clause, ADR Process, condition precedent, arbitration, enforceability.

**Sumario:** I. Posibilidad de negociación, mediación o conciliación previa. 1. Arbitraje y ADR. 2. Carácter previo. II. Cláusulas escalonadas multifunción. 1. Tendencia expansiva e institucionalización. 2. Configuración. 3. Tipología. III. Contenido y manifestaciones de las etapas sucesivas. 1. Funcionamiento. 2. Diversificación de las alternativas. IV. Eficacia de las cláusulas: examen de la práctica. 1. Prevención de eventuales patologías. 2. Alcance del *pactum de nom petendo*. 3. Cumplimiento de buena fe. V. Consideraciones finales.

## I. Posibilidad de negociación, mediación o conciliación previa

### 1. Arbitraje y ADR

1. La acción de la autonomía de la voluntad que preside la determinación del arreglo de las controversias transfronterizas permite a las partes optar por el método de solución que estimen más conveniente, siempre que no sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público, y establecer, o bien el mecanismo de arreglo entre las propias partes, o bien el grado de participación y funciones del tercero interviniente. Los actores del Derecho de los negocios internacionales cada vez reclaman procedimientos más rápidos y menos costosos para resolver las controversias derivadas de los contratos que suscriben. Estos procedimientos son cada vez más utilizados por las partes, naturalmente por indicación directa de sus abogados<sup>1</sup>, y, en los últimos tiempos, por los centros dedicados a la administración de los arbitrajes, que suministran apoyo institucional y experiencia. Cabe percibir un importante desplazamiento del “mercado del arbitraje”<sup>2</sup> a un “mercado de resolución de controversias”<sup>3</sup> mucho más amplio.

La práctica apunta a tres extensiones de la autonomía de la voluntad acorde a las nuevas necesidades de la contratación internacional. En primer lugar, el ajuste del arreglo de controversias en función de sus expectativas y necesidades, siempre que se garanticen los derechos procesales fundamentales, lo que implica que el mecanismo elegido para resolver un futuro conflicto entre las partes puede ser muy simple o muy complejo dependiendo, las más de las veces, de la especialidad de la materia involucrada. En segundo lugar, la posibilidad de combinar distintos métodos de arreglo de controversias de forma gradual, descartando un mecanismo único, dando preferencia a soluciones donde predominen los arreglos amistosos y rechazando, *prima facie*, las provenientes de la decisión de un tercero. Por último, ante la eventual ineficiencia de las soluciones bilaterales, la admisión de dispositivos multi-parte que involucren a varios demandantes y/o varios demandados o que respondan a una controversia derivada de una transacción configurada por una pluralidad de contratos<sup>4</sup>.

La consecuencia de estas experiencias extensivas, concretadas en unas cláusulas específicas, supera con mucho la consideración de la cláusula arbitral clásica, añadiendo problemas muy complejos y dando entrada, con carácter preferentemente alternativo, a otros procedimientos de arreglo de controversias distintos del arbitraje<sup>5</sup>. En las páginas siguientes se insistirá en las cuestiones derivadas de la segunda de las extensiones anteriormente apuntadas: la combinación de distintos métodos de solución de controversias antes de recurrir a la solución arbitral.

2. Frente a un eventual rechazo persistente a los tradicionales mecanismos de solución de controversias, destacadamente el arbitraje, la tendencia de la práctica apunta a complementarlos, no sin dificultades<sup>6</sup>, con otras opciones<sup>7</sup>. Esto es, el recurso a ciertos ADR como requisito previo al arbitraje que promuevan un acercamiento de posiciones o propuesta de soluciones sin la necesaria función reso-

<sup>1</sup> D. BROCK y R. PITHER, “How International Law Firms might approach the Subject of ADR with their Clients”, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. 2, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, pp. 279-291.

<sup>2</sup> T. CLAY, “El mercado del arbitraje”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 15-35.

<sup>3</sup> G. WAGNER, “The Dispute Resolution Market”, *Buffalo L. Rev.*; vol. 62, nº 5, 2014, pp. 1085-1158.

<sup>4</sup> P. TERCIER, “ADR and Arbitration”, *ADR in Business, op. cit.*, pp. 3-11, esp. p. 10.

<sup>5</sup> Como se señala en el prólogo de las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional de 2010 ([http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje\\_buenas\\_directrices\\_IBA.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf)), éstas cláusulas “abordan algunos de los problemas más complejos para la redacción, que se presentan cuando un pacto arbitral va más allá del típico arreglo bipartito e involucra múltiples partes y/o una serie de acuerdos contractuales relacionados.

<sup>6</sup> B. WOLSKI, “Using Dispute Systems Design to Identify, Explain and Predict Trends in the Settlement of International Commercial Disputes: The UNCITRAL and ICC ADR Initiatives” (S. Kierkegaard y M. Kierkegaard, eds.), *Law, Governance and World Order*, Hellerup (Dinamarca), International Association of IT Lawyers, 2012, pp. 47-53.

<sup>7</sup> Vid. S. BARONA y C. ESPLUGUES, “ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends”, *Global Perspective on ADR*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 1-52; M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *Avenencia o ADR. Negociación, mediación, peritajes, conciliación, pactos y transacciones*, Madrid, Iurgium, 2014.

lutoria inherente a este último<sup>8</sup>. Como es bien sabido, el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a los ADR autocompositivos<sup>9</sup>, desde el momento en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia. No pueden desconocerse las múltiples críticas contra la formalidad, costo y demora inherentes a muchos arbitrajes comerciales internacionales de los que se ha dicho, a partir de la figura retórica del vino desalcoholizado, que se han convertido en una parodia de los procesos judiciales, pero sin el poder inherente a estos últimos<sup>10</sup>. Además, frente al carácter más rígido y multifuncional de las cláusulas de arbitraje, se reclama dar mayor oportunidad a las partes de adaptar el régimen de solución de controversias futuras a sus necesidades particulares y a las propias características donde se inserta. Pero no se trata de una confrontación entre cláusulas, pues cuando un contrato ya contiene una remitiendo al arbitraje, las partes todavía pueden decidir utilizar un método más rápido y menos costoso de resolución de disputas antes de ponerlo en marcha. Por eso es habitual atribuir a los ADR una función de filtro<sup>11</sup>.

3. Cada vez es más frecuente que las partes traten de resolver la controversia por la vía de la negociación, entendida como un esfuerzo mutuo y voluntario de éstas para resolverla amistosamente sin dar entrada a nadie que sea ajeno al asunto. Las ventajas de este mecanismo son suficientemente conocidas: carácter voluntario, económico, antiformalista y con mínimo riesgo para la parte que no esté satisfecha de cómo se desarrolla. No obstante, si tal operación fracasa y se descarta la opción jurisdiccional, como es bastante habitual, es factible recurrir, a otros mecanismos de solución de controversias. Si las partes en un litigio reciben el concurso de un tercero para solucionarlo, tal intervención suele calificarse con los términos de conciliación<sup>12</sup>, mediación<sup>13</sup>, dictamen neutral, miniproceso o expresiones similares de las que nos ocuparemos más adelante. La STSJ Cataluña 9 diciembre 2013 (*Rodealer, S.L. / Volkswagen-Audi España, S.A*) abunda en esta cuestión al afirmar que

<sup>8</sup> E. BERTRAND, “Arbitrage et médiation: l'impossible conciliation?”, *Rev. dr. aff. int.*, 2001, n° 2, pp. 133-141; C. PUNZI, “Relazioni fra arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti”, *Riv. arb.*, vol. XIII, 2003, pp. 385-409. Asimismo, vid. Ch. JORROSSON, *La notion d'arbitrage*, París, LGDJ, 1987, pp. 179-197. Como afirmase una Sentencia de 19 junio 2013 de la High Court de Irlanda en el asunto *John G Burns v. Grange Construction and Roofing Co Ltd* [(2013) IEHC 284, párrafo 4 <http://pneumodynamics3.rssing.com/browser.php?indx=3371469&item=57>]: “it would be infinitely preferable if the dispute between the applicant and the respondent was resolved by some process of alternative dispute resolution, rather than by litigation...”.

<sup>9</sup> Ch. JARROSSON, “Les frontières de l'arbitrage”, *Rev. arb.*, 2001, pp. 5-41.

<sup>10</sup> Vid. un examen crítico comparativo en J. ZEKOLL, *Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014.

<sup>11</sup> A. CONNERTY, “ADR as a ‘Filter’ Mechanism: the Use of ADR in the Context of International Disputes”, *Arbitration*, vol. 79, n° 2, 2013, pp. 120-133.

<sup>12</sup> De conformidad con el art. 1.3º de la Ley modelo Uncitral sobre conciliación comercial internacional de 2002 se entenderá por “conciliación”: “... todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (‘el conciliador’), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”. Los redactores de la Ley modelo se inclinaron por este concepto amplio conscientes de que no era oportuno distinguir entre estilos ni criterios de mediación. Se incluyen, pues, dentro del término “conciliación” todos los métodos de solución de controversias en que las partes solicitan la ayuda de un tercero neutral, aunque esos métodos pueden diferir en cuanto a la técnica y a la medida y la forma en que el tercero participa en el proceso de arreglo de la controversia. Esos métodos pueden diferir en cuanto a la técnica y a la medida y la forma en que el tercero participa en el proceso (Cf. “Guía para la incorporación al Derecho interno y utilización de la Ley Modelo Uncitral sobre conciliación comercial internacional (2002)”, párrafo, 32).

<sup>13</sup> En este caso nos encontramos ante un procedimiento voluntario y flexible conforme al cual un tercero neutral asiste a las partes que tienen un conflicto en su intento de resolverlo; el mediador no decide ni suele proponer soluciones; son los involucrados quienes elaboran su propia decisión en un proceso de análisis, comunicación y negociación asistido por el mediador. Éste, por ende, debe ser una persona especialmente preparada para cumplir su función con efectividad, con sólidos conocimientos de la negociación y del procedimiento a seguir. La mediación consiste en facilitar un acuerdo entre las partes en conflicto que el derecho de aceptar o rechazar el acuerdo propuesto por el mediador. La STSJ Cataluña 9 diciembre 2013 asevera que “la mediación sería así un modo de resolver un conflicto realizada por las mismas partes inmersas en él con la ayuda de un tercero imparcial que por medio de su formación ofrecería vías de entendimiento y favorecimiento del dialogo para que acerquen posturas y que sean ellas mismas en forma pacífica las que pongan fin al conflicto. Así, frente a la imposición de una decisión por un tercero basada en la autoridad tras un procedimiento adversarial, el mediador centra su actividad en restaurar la comunicación entre las partes y propiciar que sean ellas las que en un entorno reservado y seguro resuelvan la controversia. Ofrecería así la mediación una oportunidad razonable de recomponer la situación sin vencedores ni vencidos” (RJ 2013\8311).

“La conciliación y a la mediación tienen una base común. Se trata en ambos casos de un medio autocompositivo y existe un tercero ajeno a las partes que interviene para facilitar el acuerdo entre ellas. De ahí que la distinción entre ambas figuras sea muy difusa, sobre todo porque son reguladas de diferentes formas en las diversas legislaciones. En nuestro país y en otros de nuestro entorno se pone el acento en el carácter más institucionalizado de la conciliación frente al más espontáneo de la mediación”<sup>14</sup>.

De ello se desprende que, los términos de mediación y de conciliación suelen utilizarse con una actitud aleatoria, como si se tratara de conceptos sinónimos, y ello deriva de que las legislaciones estatales definan y acojan ambas instituciones con carácter marcadamente variable y ambivalente. La diferencia básica radica en que el conciliador tiene, dentro de sus funciones naturales, la de proponer fórmulas de arreglo, en tanto que el mediador se orienta fundamentalmente a acercar a las partes, a ayudarlas a reducir los obstáculos de comunicación, pero sin aportar propuestas. Son varios los factores que inciden en que la mediación / conciliación sea verdaderamente adecuada en un caso en particular: la existencia de una relación interpersonal y/o comercial que las partes en litigio necesitan o desean preservar; la confidencialidad absoluta de dicho proceso y la inexistencia de etapas rígidas y predeterminadas estando en función el número de sesiones del mediador con las partes de la complejidad del asunto y de la necesidad de éstas últimas de continuar negociando. En todo caso, al igual que el arbitraje, la práctica de estos métodos exige el mantenimiento del principio de confidencialidad.

4. Vaya por delante que la conciliación / mediación y el arbitraje poseen funciones jurídicas diferentes: mientras que la primera es un mecanismo o alternativa no procedimental de resolución de controversias a través de la cual las partes tratan de superar el conflicto con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, que debe obedecer a unos principios éticos específicos<sup>15</sup>, el segundo, es un procedimiento contradictorio *sui generis*, mediante el cual por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo colegiado integrado por árbitros, que transitoriamente quedan investidos de competencia para proferir un laudo. Los elementos diferenciales de la conciliación / mediación respecto del arbitraje pueden sintetizarse de la siguiente manera. En primer lugar, en la conciliación domina el proceder amistoso y voluntario a través del cual las partes abandonan recíprocamente sus pretensiones: si en el arbitraje el árbitro “impone” soluciones, el conciliador se limita a formular recomendaciones que no tienen contenido obligatorio para las partes. En segundo lugar, el conciliador / mediador se limita a facilitar el diálogo entre las partes y al no adoptar decisiones, no se necesitan garantías procesales como las que existen en el arbitraje, por ejemplo, la prohibición de que el conciliador se reúna sólo con una de las partes o la obligación incondicional de revelar a una parte toda la información recibida de la otra. Por último, el arbitraje entraña la exigencia de una serie de plazos necesarios que se establecen para proteger los derechos de las partes y frente a él la conciliación / mediación tiene la ventaja de que si las recomendaciones se cumplen los problemas de las partes son susceptibles de resolverse en un plazo muy breve.

## 2. Carácter previo

5. Como derivación de esta tendencia, en relación con ciertas materias, se contempla la conciliación / mediación, frecuentemente con carácter obligatorio, como requisito previo a la tramitación del proceso jurisdiccional, proyectándose también esta tendencia en el arbitraje. Las ventajas del empleo de técnicas de este tipo son muy variadas pero tienen un denominador común: alcanzar la solución al litigio de la forma más rápida con el menor coste económico posible. Al respecto, la doctrina española suele

<sup>14</sup> *Ibid.* y nota de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rechazo de formalización judicial por la presencia de una cláusula imprecisa entre arbitraje y otros MASC en el sector de la automoción”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 509-527.

<sup>15</sup> L. OTIS y C. ROUSSEAU-SAINE, “Le médiateur et les dilemmes éthiques: proposition d’un cadre de réflexion”, *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri: From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, Law & Business, 2015, pp. 121-141. <<http://louiseotis.com/wp-content/uploads/2015/08/Article-Kluwer.pdf>>.

citar un *obiter dictum* un tanto forzado, pues está referido a la jurisdicción laboral, de la STS 6ª 9 junio 1988, pero que es bastante expresivo

“... la función asignada a la reclamación previa administrativa, lo mismo que la atribuida a la conciliación, es la de proporcionar a la parte frente a quien se dirija la oportunidad de una mayor reflexión sobre los hechos que originan la acción, evitando tal vez así posibles procesos, y también dar posibilidad de preparar adecuadamente la oposición, en este caso al Estado. Pero el rigor formalista no debe extenderse más allá de unos límites razonables en un tipo de proceso”<sup>16</sup>

Cada vez es más habitual que las cláusulas de resolución de controversias en contratos internacionales contemplen la negociación, mediación u otro mecanismo alternativo de resolución de disputas como paso preliminar a una solución de carácter heterocompositivo, pues debe considerarse la posibilidad de un eventual fracaso del ADR elegido por las partes. En tal caso la práctica se inclina mayoritariamente por poner en marcha el proceso arbitral como último escalón. Esta tendencia apunta a la inserción en los contratos internacionales de cláusulas que combinan el arbitraje y otros ADR (*v.gr.*, la denominada cláusula med-arb)<sup>17</sup>.

De hecho, muchos de los ADR tradicionales están concebidos con frecuencia como una fase previa para un ocasional arbitraje ulterior (que gozaría de la ventaja del carácter de cosa juzgada de los laudos arbitrales). La práctica arbitral apunta, sobre todo en determinados contenciosos específicos, a la proliferación de cláusulas complejas que establecen mecanismos de arreglo anteriores al arbitraje. Y, a la hora de su aplicación, los operadores jurídicos intervinientes deben tener muy en cuenta que el panorama es muy distinto del que rodea al arbitraje. Como consecuencia de ello, al margen de las cuestiones puramente jurídicas que suscita el pacto de negociar<sup>18</sup>, deben dejarse a un lado determinados comportamientos, prescindiendo de la actitud polémica y combativa inherente a los procesos heterocompositivos.

6. El primero de estos mecanismos es la negociación impuesta, con carácter previo a la eventual puesta en marcha de un arbitraje, en una cláusula específica que puede adoptar formas variadas, desde una redacción simple (“antes de iniciar el arbitraje las partes se comprometen a realizar todos los esfuerzos posibles para llegar a un acuerdo”<sup>19</sup>), a otra mucho más compleja que contemple extremos tales como el plazo máximo para las negociaciones, el nombre de las personas que participarán en la misma o el número de reuniones que han de celebrarse.

Sea cual fuere la opción entre una u otra existen unos elementos comunes: la rapidez y el ahorro de los costes que entrañaría un eventual arbitraje, la posibilidad de verificar los hechos que originan la controversia apurando las posibilidades de alcanzar un acuerdo amistoso, la mayor garantía de confidencialidad, el control del procedimiento por las partes o la posibilidad del restablecimiento de las relaciones entre éstas en caso de un resultado positivo. Estas ventajas suelen imponerse a los inconvenientes derivados de la dedicación de un tiempo suplementario, y de los costes producidos, en caso de un resultado negativo. Ni que decir tiene que la negociación utiliza métodos diversos, unos de gran sencillez y otros mucho más sofisticados<sup>20</sup>.

La posibilidad de negociación, donde no existe la participación de un tercero, sino que son las propias partes las que deben alcanzar el acuerdo por sí mismas, atañe especialmente a los directivos de las empresas contendientes, los cuales no solamente tienen capacidad para negociar, sino que un resulta-

<sup>16</sup> RJ 1988/5259.

<sup>17</sup> D. ROSS, “Med-Arb/Arb-Med: A More Efficient ADR Process or an Invitation to a Potential Ethical Disaster?”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2012, pp 352-366.

<sup>18</sup> A. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, “Multi-Step Dispute Resolution Clauses”, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 733 ss.

<sup>19</sup> En el libro de S. SÁNCHEZ LORENZO, *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 105, los comentaristas de este tipo de cláusulas, R. ARENAS GARCÍA y C. ORÓ MARTÍNEZ, incluyen el siguiente modelo de cláusula simple: “Las Partes acuerdan que cualquier disputa que surja en relación a la interpretación, ejecución y resolución del presente contrato deberá intentar resolverse amigablemente”.

<sup>20</sup> N. WITKIN, “Consensus Arbitration: a Negotiation-Based Decision-Making Process for Arbitrators”, *Negotiation Journal*; vol. 26, nº 3, 2010, pp. 309-325.

do exitoso a través de una solución rápida al contencioso que los implica directamente, sin entrar en una confrontación de carácter jurídico, supone un importante incentivo<sup>21</sup>. Pero también puede involucrar, en determinados litigios, a los técnicos o ingenieros que han participado en la ejecución del proyecto controvertido; no cabe duda que estos profesionales tienen más conocimientos con respecto a ciertas cuestiones que los abogados y por eso la negociación es susceptible de prosperar. Es esta una de las bondades que se apuntan de la negociación respecto a la solución judicial o arbitral, apuntándose en su defensa que cuando el litigio pasa a manos de los abogados, como ocurre en estos últimos casos, el litigio escapa del control de los litigantes adquiriendo una vida propia que puede distorsionar la realidad. Por el contrario, el éxito de una negociación tiene la ventaja de que no da lugar a vencedores ni perdedores y no produce una sensación de derrota.

7. La práctica contemporánea apunta también a que en determinados arbitrajes especializados se establezcan diversos ADR previos para facilitar el arreglo rápido y amistoso para la solución de los litigios<sup>22</sup>. Si se examinan los Reglamentos que ofrecen las distintas instituciones arbitrales se observa que el convenio arbitral no impide que, si las partes están interesadas, soliciten la actividad conciliadora que proporcionan estas entidades y, en caso de llegarse a una solución amistosa se evite la puesta en marcha de un proceso arbitral. Los objetivos de semejante opción son variados, pero coinciden en facilitar la resolución de la controversia de carácter transaccional de la forma más rápida y eficiente con un cierto protagonismo de las partes. Bajo la influencia de los medios económicos y legales estadounidenses y británicos los ADR han experimentado un desarrollo importante a escala mundial extendiéndose a todos los continentes<sup>23</sup>; baste comprobar que varios centros de arbitraje han establecido reglas de este tipo, alentando a que se inserten al lado de las clásicas cláusulas de arbitraje, para que operen con carácter previo<sup>24</sup>. Tal es el caso de la CCI, que aprobó el Reglamento ADR, en vigor desde el 1 de julio de 2001, junto con la Guía ADR<sup>25</sup> y, posteriormente, el Reglamento de mediación entró en vigor el 1 enero 2014<sup>26</sup>. Y lo mismo puede decirse de la Cámara de Comercio de Milán que ofrece una cláusula tipo de semejante tenor<sup>27</sup>.

De esta suerte antes del inicio del procedimiento arbitral puede producirse una suerte de mediación /conciliación previa realizada bien ante el propio centro o fuera de él cuyo cumplimiento es preceptivo para iniciar el arbitraje<sup>28</sup>. El problema es determinar, cuando la negociación ha concluido o se ha frustrado y cuando puede ponerse en marcha el arbitraje.

<sup>21</sup> P.E. WOLRICH, "ADR under the ICC Rules", *ADR in Business*, *op. cit.*, pp. 235-253; M.L. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2012, pp. 51-52.

<sup>22</sup> M. GOMM FERREIRA DOS SANTOS, "The Role of Mediation in Arbitration: The Use and the Challenges of Multi-tiered Clauses in International Agreements", *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. X, nº 38, 2013, pp. 9 ss.

<sup>23</sup> H. TANG, "Combination of Arbitration with Conciliation: Arb-Med", *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (A.J. van den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 545-455; L. CAO, "Combining Conciliation and Arbitration in China: Overview and Latest Developments", *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 9, nº 3, 2006, pp. 84-93; S.A. HARPOLE, "The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China", *J. Int'l Arb.*, vol. 24, nº 6, 2007, pp. 623-633; Y. SATO, "Hybrid Dispute Processing in Japan: Linking Arbitration with Conciliation", *Legal Discourse across Cultures and Systems* (V.K. Bhatia, C.N. Candlin y J. Engberg, eds), Hong Kong, Hong Kong University Press, 2008, pp. 53-74.

<sup>24</sup> M. VAN DER HAGEN, "Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe", *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, nº 2, pp. 255-272.

<sup>25</sup> P.E. WOLRICH, "ADR under the ICC ADR Rules", *ADR in Business...*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 235-253.

<sup>26</sup> Según su exposición de motivos, el Reglamento de Mediación, vigente desde 2014, que sustituye al Reglamento ADR, "refleja la práctica moderna y establece parámetros claros para la conducción de procedimientos, al tiempo que reconoce y mantiene la necesidad de la flexibilidad". Dicho Reglamento "se puede utilizar para conducir otros procedimientos o combinaciones de procedimientos que tienen también por objetivo la solución amistosa de controversias, tales como la conciliación o la evaluación neutral". *Vid.* C. IMHOOS, E. SCHÄFER y H. VERBIST, *ICC Arbitration in Practice*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2016, p. 246.

<sup>27</sup> *Multi step clause - mediation and arbitration: "The parties shall defer the disputes arising out of the present contract to a mediation attempt managed by the Service of Mediation of the Chamber of Arbitration of Milan. If the mediation attempt fails, the disputes arising out of or related to the present contract shall be settled by arbitration under the Rules of the Chamber of Arbitration of Milan (the Rules), by a sole arbitrator / three arbitrators \*\*, appointed in accordance with the Rules". (\*\* alternative choice, to be done considering the real circumstances and the value of the dispute).* <<http://www.camera-arbitrale.it/en/Arbitration/Clauses/Fulltext.php?id=223>>.

<sup>28</sup> *Vid.*, *v.gr.*, art. 2 Regl. Mediación de Instituto de Arbitraje de la CC de Estocolmo (2014): "Unless the parties have agreed otherwise, an agreement to mediate pursuant to these Rules does not constitute a bar to court proceedings or a bar to initiate arbitration".



## II. Cláusulas escalonadas multifunción

### 1. Tendencia expansiva e institucionalización

8. Si bien la tendencia a una ordenación global de los ADR figura en numerosas leyes, unas optan por regular la mediación y otras se inclinan por la conciliación, pero sin llegar a establecer unos límites precisos de ambas instituciones. Y, en todo caso, las disposiciones estatales ignoran, salvo excepciones muy concretas, las múltiples figuras que han ido apareciendo en los últimos años como alternativas especializadas a las anteriormente referidas<sup>29</sup>. Una carencia que deja en el aire muchos interrogantes que deben ser suplidos, en unos casos, por criterios éticos<sup>30</sup>, muchas veces importados del arbitraje y, en otros casos, por las normas generales del Derecho de los contratos vigentes en el Estado concernido. Hasta la fecha ambos elementos han suministrado respuestas aceptables en términos generales, aunque cada vez registran mayores insuficiencias a medida que aumenta la complejidad de los ADR de nueva generación. Se carece, hoy por hoy, de un tratamiento integral que, de manera más o menos extensa, brinde soluciones heterocompositivas y autocompositivas, interrelacionándolas entre sí.

Durante muchos años, los tribunales estatales han sido reacios al reconocimiento de los términos previstos en estas cláusulas, entre otras cosas porque las normativas nacionales no proporcionan el apoyo suficiente para interpretarlas o hacerlas cumplir, sobre todo si están redactadas en términos muy genéricos o se limitan a alentar a las partes a negociar de manera amistosa antes de iniciar un procedimiento arbitral o judicial. El tribunal puede considerar que la intención de las partes se limite a destacar sus buenas relaciones en lugar de impedir realmente el acceso a los procedimientos judiciales. Y esta tendencia ha sido acompañada por una práctica no unánime por parte de los tribunales arbitrales, aunque en los últimos tiempos esta propensión está comenzando a cambiar<sup>31</sup>.

Al margen del porcentaje de éxitos en su empleo, no puede desconocerse que la mediación ofrece serios inconvenientes en los casos de incumplimientos de mala fe, a los que se une la posibilidad de que el incumplidor pretenda aprovecharse de ella y usarla con una finalidad dilatoria<sup>32</sup>. Y a ello hay que añadir que puede dar lugar a la divulgación de información comercial especialmente sensible para las partes. Por consiguiente, una cláusula simple de mediación no evita en muchos de esos casos la necesidad de tener que acabar acudiendo a los tribunales para resolver el problema.

### 2. Configuración

9. Dentro de las cláusulas que configuran un contrato internacional, entendidas como una parte del mismo que regula un aspecto particular de la relación de las partes, cada vez adquieren mayor relieve y sofisticación las relativas a la resolución de controversias, que comprenden aquellas que tienen por objeto determinar el modo de resolver los eventuales conflictos futuros y el procedimiento para llevarlo a cabo. Nos hallamos ante una categoría genérica que admite una gran variedad de manifestaciones: atribución de competencia directamente o con carácter alternativo (con el consiguiente riesgo de pro-

<sup>29</sup> R. BATRA, "The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: its New Facet and Exclusion", *Vindobona J. Int'l. Comm. & Arb.*, vol. 15, n° 1, 2011, pp. 175-194; S.R. GARIMELLA y N.A. SIDDIQUI, "The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion", *International Islamic University Malaysia L.J.*, vol. 24, n° 1, 2016, pp. 157-191 <file:///C:/Users/usuario/Downloads/228-885-1-PB.pdf>.

<sup>30</sup> C.E. MENKEL-MEADOW, "Ethics in ADR: The Many 'Cs' of Professional Responsibility and Dispute Resolution", *Fordham Urb. L.J.*, vol. XXVIII, 2001, pp. 979-990 <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1541&-context=facpub>>.

<sup>31</sup> *Vid.* un estudio sobre la admisión de estas cláusulas por los tribunales de los distintos Estados en *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, IBA Litigation Committee, October 1, 2015 <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Handbook%20Multi-Tiered%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20(1%20October%202015)%20(2).pdf>.

<sup>32</sup> E. GAILLARD, "Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 1990, pp. 759-796; A. FRÉ, "Delaying Tactics in Arbitration", *Disp. Res. J.*, vol. 59, n° 4, 2004-2005.

cedimientos paralelos) a un tribunal estatal o a uno arbitral<sup>33</sup>, conciliación, mediación, o recurso a un número apreciable de ADR<sup>34</sup>.

Con la adopción de “cláusulas multifunción”, en el contexto indicado, las partes requieren un elenco de mecanismos de resolución de conflictos de una manera escalonada (*step by step*) y no alternativa, antes de acudir al arbitraje. Son también conocidas como cláusulas de resolución de conflictos de varios niveles o cláusulas en cascada. El carácter escalonado hace referencia al hecho de que las partes acuerdan escalar la resolución a la siguiente etapa una vez que se ha intentado o se ha agotado sin éxito el mecanismo fijado en el escalón anterior.

Estas cláusulas se insertan especialmente en los contratos de ingeniería o de construcción, caracterizados por su larga duración, la indeterminación de su objeto en el momento de concluir el contrato, el gran número de personas que intervienen en su ejecución y el deseo de que una eventual controversia perjudique lo menos posible el transcurso normal de las obras o la ejecución del contrato<sup>35</sup>. Algunos grandes proyectos de construcción han adoptado procedimientos complejos, de múltiples niveles de ADR, para resolver los conflictos futuros, a menudo con un arbitraje vinculante como el procedimiento de último recurso. Dos ejemplos ilustran esta práctica. El primero fue el proyecto Túnel del Canal creando un procedimiento de dos niveles en caso de controversia; en el primer nivel intervendría un panel de tres expertos independientes que haría una decisión por escrito dentro de los 90 días, y si alguna de las partes no estaba satisfecha con la decisión de los expertos, se podría iniciar un procedimiento de arbitraje<sup>36</sup>. El segundo, el *Airport Core Programme* de Hong Kong que fijó un procedimiento alternativo de solución de cuatro niveles: la decisión de un ingeniero independiente, la mediación, la adjudicación a través de un procedimiento formal de prueba con una decisión por escrito dentro de los 42 días, y, por último, el arbitraje<sup>37</sup>.

Las controversias inherentes a este tipo de contratos, previstas con precisión por la *Federation of Consulting Engineers* (FIDIC) acostumbra a incidir sobre cuestiones técnicas vinculadas con frecuencia a los propios proyectos y a su realización<sup>38</sup>. Ello amerita a que serán los propios técnicos o ingenieros que participan en la ejecución de los proyectos los que intenten solucionar por sí mismos la controversia entablada al margen de los procedimientos legales, e incluso se establecen mecanismos de carácter preventivo<sup>39</sup>.

Configuradas de una manera negativa o residual frente al arbitraje y a la jurisdicción se basan exclusivamente en la voluntad común de los operadores económicos, muy condicionada por la labor

<sup>33</sup> J. BARBET y P. ROSHER, “Les clauses de resolution de litiges optionnelles”, *Rev. arb.*, 2010, n° 1, pp. 45-83.

<sup>34</sup> E. PALMER y E. LÓPEZ, “The Use of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Latin America: Questions of Enforceability”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 14, 2003, pp. 285 ss; Y.W. LI, “Dispute Resolution Clauses in International Contracts: an Empirical Study”, *Cornell International L.J.*, vol. 39, n° 3, 2006, pp. 789-809; K.M. SCANLON y K.A. BRYAN, “Will the Next Generation of Dispute Resolution Clause Drafting include Model Arb-Med Clauses?”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: the Fordham Papers 2009* (A.W. Rovine, ed.), vol. 9, 2010, pp. 429-435; N. BEALE, *Dispute Resolution Clauses in International Contracts: A Global Guide*, Zúrich, Schulthess, 2013.

<sup>35</sup> Cf. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los contratos internacionales de construcción ‘llave en mano’”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n° 1, 2014, pp. 161-235, esp. p. 219.

<sup>36</sup> A. CONNERTY, “The Role of ADR in the Resolution of International Disputes”, *Arb. Int'l*, vol. 12, n° 1, 1997, pp. 47 ss. El proyecto dio lugar al asunto *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.* (1993). *Vid. infra*, n° 31.

<sup>37</sup> H. TSIN, “Dispute Resolution Adviser System in Hong Kong - Design & Development”, *Arbitration*, vol. 63, n° 2, 1997, pp. 67 ss.

<sup>38</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción”, *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (L. García Villaluenga, J. Tomillo Urbina y E. Vázquez de Castro, coords.) vol. 2, Madrid, Reus, 2010, pp. 205-211; U. DRAETTA, “Dispute Resolution in International Construction Linked Contracts”, *Int'l Bus. L.J.*, 2011, n° 1, pp. 69-83.

<sup>39</sup> El más utilizado es el *partnering*, un término amplio utilizado para referir una actividad de colaboración empresarial que favorece la confianza entre las partes de un contrato y promueve un aumento del rendimiento a través relaciones basadas en el mejor valor y en el más bajo costo. Con ella las partes deben mostrarse independientes y colaborativas para el éxito del proyecto. Se utiliza con mayor frecuencia en los contratos grandes, a largo plazo o de alto riesgo y se justifica por los riesgos inherentes a la construcción, que incluyen cambios de diseño no anticipados, y determinadas condiciones del contrato que obligan al contratista a incurrir en costes adicionales que obligan a determinar la parte responsable de los mismos y su cuantía. *Vid.* M. BRESNEN y N. MARSHALL, “Partnering in Construction: A Critical Review of Issues, Problems and Dilemmas”, *Construction Management and Economics*, vol. 18, n° 7, 2000, pp. 229-237; P. ROSHER, “Les contrats NEC3: ‘partnering’ avantages, inconvenients et adaptation en droit francais”, *Revue de droit des affaires internationales*, 2015, n° 4, pp.311-334.

creativa de altos cargos de las empresas y de abogados corporativos, que han multiplicado una serie de instrumentos considerados idóneos para resolver situaciones particulares<sup>40</sup>, lo que constituye una verdadera obra de orfebrería jurídica<sup>41</sup>. Originadas en la práctica del *common law*, no han faltado voces que consideran que en dicha labor creativa se han introducido grandes dosis de sofisticación<sup>42</sup> y que ofrecen ciertas dificultades para implantarse en la Europa continental. Pero de lo que no cabe duda es que, como ha apuntado M. Virgós, son una manifestación del tránsito del concepto estrecho de ‘litigación’ al más amplio de ‘resolución de disputas’<sup>43</sup> que, acuñado en EE UU y en Gran Bretaña está en franca expansión en todo el mundo.

Contar con una cláusula que refleje las necesidades y los deseos de las partes en previsión de un litigio futuro constituye un elemento esencial en la redacción de un contrato internacional. Dentro de las distintas opciones posibles, donde ocupan un lugar prominente las cláusulas de arbitraje en sus distintas variantes (simples, complejas, adaptadas para transacciones que involucran múltiples contratos...), se abren camino otras opciones de carácter complementario. Las “cláusulas escalonadas multifunción” o “cláusulas en cascada” de resolución de controversias (*Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*) (MTDRC)<sup>44</sup> conducen a las partes redactoras de un contrato a fijar la resolución de futuros litigios de una manera escalonada en diferentes niveles empleando para ello cauces diversos: negociación, mediación, u alguna otra forma, o combinando éstos, con carácter previo antes de iniciar un proceso ante un juez o ante un árbitro. Estamos, pues, ante una cláusula para la resolución de controversias incluidas en un contrato<sup>45</sup> que recurre a mecanismos distintos del arbitraje, sin prescindir en principio de este último si la controversia no ha sido resuelta mediante los procedimientos anteriores. Sentado esto no debe perderse de vista que el recurso al arbitraje posee en la MTDRC un carácter esencialmente residual, debiendo ponerse el acento en las posibilidades de resolver la controversia mediante los escalones anteriores; la mejor manera de evitar la última opción es una buena redacción de la MTDRC que evite posibles problemas y situaciones de incertidumbre.

**10.** Al carecer las legislaciones nacionales, de una regulación específica sobre esta materia, el establecimiento de este tipo de cláusulas se rige por el principio de la libertad de contratación: las partes tienen total libertad en orden al establecimiento de los mecanismos efectivos de resolución de las controversias derivadas de un contrato. Por su parte dentro de las acciones emprendidas por la Unión Europea en favor de los ADR se ha ocupado únicamente, en el ámbito que los ocupa, de la mediación<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> P. VAN LEYNSEELE, “La ‘Med-Arb’ et ses dérivés. Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace”, *Liber Amicorum Georges-Dal*, Bruselas, Larcier, 2014, pp. 833-864.

<sup>41</sup> M.E. SCHNEIDER, “The Art of Blending Arbitration and other ADR Methods: some Examples from International Practice”, *ADR in Business...*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 313-325.

<sup>42</sup> P. FOUCHARD, “Arbitrage et modes alternatives de règlement des litiges du commerce international”, *Écrits: droit de l’arbitrage, droit du commerce international*, Paris, Comité Français de l’Arbitrage, 2007, pp. 491-505.

<sup>43</sup> M. VIRGÓS SORIANO y C. GUAL GRAU, “La mediación como alternativa”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 20, 2008, p. 22 <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2004/documento/articulo UM. pdf?id=3151>>.

<sup>44</sup> *Vid.* M. PRYLES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *J. Int’l Arb.*, vol. 18, nº 2, 2001, pp. 159-176; E. PALMER y E. LÓPEZ, “The Use of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses in Latin America: Questions of Enforceability”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 14, nº 3, 2003, p. 285-294; R. JACOB, “Should Mediation Trigger Arbitration in Multi-step Alternative Dispute Resolution Clauses?”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 15, nº 1, 2004, pp. 161-180; K.P. BERGER, “Law and practice of escalation clauses”, *Arb. Int’l*, vol. 22, nº 1, 2006, pp. 1-18; D. JONES, “Dealing with Multi-tiered Dispute Resolution Process”, *Arbitration*, vol. 75, nº 2, 2009, pp. 188-198; D. KAYALI, “Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses”, *J. Int’l Arb.*, vol. 27, nº 6, 2010, pp. 551-577; A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, “Multi-Step Dispute Resolution Clauses”, *loc. cit.*

<sup>45</sup> En Francia la Sentencia de la *Cour de cassation* de 12 junio 2012 (*SAS Eurauchan v. Sté Moyrand Bally*) <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT0\\_00026032432&fastReqId=301219409](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT0_00026032432&fastReqId=301219409)>, descartó la aplicación de la una cláusula multifunción escalonada muy detallada inserta en un contrato de distribución, que incluía una mención a futuros litigios “por cualquier causa”, al suscitarse la controversia por una acción de responsabilidad extracontractual basada en una relación global de las partes, derivada de una serie de acuerdos de distribución consecutivos.

<sup>46</sup> La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto” (considerando 11).

Si bien los centros de mediación y de arbitraje suministran cláusulas tipo para fomentar un amplio catálogo de mecanismos alternativos, no cabe duda que éstos son personalizados para cada operación concreta, debiendo redactarse en términos inequívocos y precisos para que puedan cumplir con su misión. Ello conduce a que la redacción de estas cláusulas sea diversa, también es diverso su contenido y función<sup>47</sup>. No existe, *prima facie*, ninguna limitación en la elección de los ADR más apropiados. Las partes en un contrato tienen total disponibilidad para su establecimiento, salvo en ciertas circunstancias específicas, *v.gr.*, que una de las partes en el contrato sea una entidad pública que tengan prohibido por la ley acudir a determinados procedimientos alternativos de solución de controversias. Asimismo el empleo de estas cláusulas puede ofrecer problemas en los litigios societarios pues podría menoscabar los derechos de los accionistas a reclamar la exclusión de otro accionista.

La eficacia de la MTDRC sometida, sin embargo, a la incidencia de elementos tales como su redacción, su pertenencia a un contrato principal o su inserción en un documento separado de éste, la existencia, antes de ponerse en marcha, de procesos arbitrales o judiciales pendientes vinculados con el objeto de la cláusula, la profesionalización de las partes, el alcance de las controversias a resolver que contemple, el interés de las partes en las negociaciones iniciales, o el mayor o menor desarrollo de los mecanismos fijados en los escalones previos interés.

### 3. Tipología

11. La tipología es muy variada. Junto a cláusulas que se limitan a obligar a las partes antes de iniciar el arbitraje a realizar los mejores esfuerzos para alcanzar un acuerdo y cuya obligatoriedad es muy endeble, se encuentran otras de gran complejidad, donde se combinan distintos procedimientos previos a la iniciación de un arbitraje. Se reproducen muchas de las opciones clásicas que atañen a las cláusulas de arbitraje<sup>48</sup>; entre ellas elegir una cláusula tipo ofrecida por una institución de arbitraje o establecer una cláusula a medida para el litigio con los consiguientes riesgos de una eventual patología. Igualmente se proyectan las cuestiones relativas al ámbito de las controversias comprendidas en la cláusula, en particular si tiene un alcance general (controversias derivadas del contrato), o si excluyen determinadas materias insertas en el contrato (*v.gr.*, fijación de los precios), en cuyo caso deberían especificarse con precisión para evitar problemas ulteriores. Por último, se reproducen las cuestiones relativas a los plazos, al idioma en emplear, a la confidencialidad que debe ser observada, a las cualidades de los terceros intervinientes o a los costes (o a la recuperación de los mismos), considerando en cada caso los distintos escalones previstos.

Teniendo en cuenta sus particularidades y para solventar ulteriores problemas las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional de 2010 incluyen un modelo detallado de MTDRC donde se permitan las distintas secuencias

“Todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación (“Controversia”), serán resueltas de conformidad con los procedimientos especificados a continuación, los cuales serán los únicos y exclusivos procedimientos para la resolución de tal Controversia.

A) Negociación. Las partes deberán esforzarse por resolver cualquier Controversia amigablemente mediante negociación entre ejecutivos con autoridad para resolver la Controversia [y que estén en un nivel más alto en la administración que las personas con responsabilidad directa en la administración o ejecución de este contrato].

B) Mediación. Cualquier Controversia no resuelta mediante negociación de conformidad con el párrafo (A) dentro de los [30] días siguientes a que cualquiera de las partes haya solicitado por escrito la negociación establecida en el párrafo (A), o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, será resuelta amigablemente a través de mediación bajo el [reglamento de mediación seleccionado].

<sup>47</sup> G.B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 4ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, p. 103.

<sup>48</sup> Resulta de utilidad referirse a la obra clásica en la materia de P. FRIEDLAND, *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2ª ed., Huntington (N.Y.), Jurisnet, 2007.

C) Arbitraje Cualquier Controversia que no haya sido resuelta por la mediación prevista en el párrafo (B) dentro de los [45] días siguientes al nombramiento del mediador o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, serán resueltas definitivamente de acuerdo con [el reglamento de arbitraje seleccionado] por [uno o tres] árbitro[s] nombrados de conformidad con dicho reglamento. El lugar del arbitraje será [ciudad, país]. El idioma del arbitraje será [...].

[Todas las comunicaciones durante la negociación y mediación conforme a los párrafos (A) y (B) serán confidenciales y se considerarán como efectuadas en el curso de negociaciones de transacción y avenimiento a los fines de las normas aplicables en materia probatoria y de confidencialidad y secreto profesional previstas en el derecho aplicable.]”.

Al margen de reforzar la garantía de confidencialidad los redactores de la cláusula transcrita consideran que con ella se reduce el riesgo de que una parte utilice la negociación o mediación para demorar el proceso o como táctica ventajosa, la cláusula debe especificar un período de tiempo después del cual la controversia puede ser sometida a arbitraje, y dicho período generalmente debe ser corto. También, que el mecanismo de arreglo se frustre por no haberse determinado con precisión la intención de las partes de acudir al arbitraje cuando las controversias no puedan ser resueltas por negociación o mediación. Finalmente el texto alienta a las partes a no limitar el alcance de las controversias que se someterán a arbitraje ofreciendo un contenido amplio de las cuestiones a resolver, evitando fórmulas que estipulen de manera ambigua la intención de las partes de someter a arbitraje los conflictos que no puedan ser resueltos por los cauces de la negociación o de la mediación<sup>49</sup>.

**12.** Como un ejemplo cabe referirse a la cláusula redactada por B. Cremades para el *CPR Institute for Dispute Resolution*<sup>50</sup>

*“In the event that any disputes arise between the parties regarding the application or interpretation of this Agreement, X’s and Y’s project managers shall use their best good faith efforts to reach a reasonable, equitable and mutually agreed upon resolution of the item or items in dispute. In the event that the project managers cannot so resolve the disputed matter(s) within [...] days, the parties shall use their best good faith efforts to agree, within a further [\*] days, upon an appropriate method of non-judicial dispute resolution, including mediation or arbitration. In the event that the parties shall decide that any disputed matters shall be resolved by arbitration, such arbitral proceedings shall be governed by the [...] Rules of Arbitration and there shall be three arbitrators, one of whom shall be selected by the claimant in the request for arbitration, the second shall be selected by the respondent within [...] days of receipt of the request for arbitration, and the third, who shall act as presiding arbitrator, shall be selected by the two parties within [...] days of the selection of the second arbitrator. The place of arbitration shall be [city, country]. This agreement is governed by, and all disputes arising under or in connection with this agreement shall be resolved in accordance with [...] law.”*

Otros modelos que pueden agregarse incorporan criterios muy similares<sup>51</sup>. Ahora bien, los defensores de ese mecanismo recomiendan que por razones de economía y de eficacia el segundo y el tercer escalón se vinculen a una sola institución especializada que pueda administrar tanto la mediación como el posible arbitraje.

<sup>49</sup> Vid. P.F. FRIEDLAND y D. NYER, “Drafting Arbitration Clauses Before and After Dispute”, *Soft Law in International Arbitration* (L.W. Newman y M.J. Radine, eds.), Huntington (N.Y.), Jurisnet, 2014, pp. 1-71.

<sup>50</sup> B.M. CREMADES, “Multi-tiered Dispute Resolution Clauses” (CPR Institute for Dispute Resolution 2004), report in (2003), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 14, n°1, 2003.

<sup>51</sup> V.gr., el *Centre for Effective Dispute Resolution* de Londres ofrece la siguiente cláusula tipo:

*“If any dispute arises in connection with this agreement, a director (...) will, within [14] days of a written request from one party to the other, meet in a good faith effort to resolve the dispute.*

*If the dispute is not wholly resolved at that meeting, the parties will attempt to settle it by mediation in accordance with the CEDR Model Mediation Procedure. (...).*

*No party may commence any court proceedings/arbitration in relation to any dispute arising out of this agreement until it has attempted to settle the dispute by mediation and either the mediation has terminated or the other party has failed to participate in the mediation (...).”*

### III. Contenido y manifestaciones de las etapas sucesivas

#### 1. Funcionamiento

13. El funcionamiento de las MTDRC presupone distintos escalones en la solución de la controversia reservándose el arbitraje (o eventualmente la jurisdicción estatal) cuando el arreglo no se ha conseguido en los escalones inferiores; por consiguiente, posee un carácter residual. El primer escalón, que no siempre es utilizado, estaría constituido por la necesidad de entablar negociaciones iniciales que deberían celebrarse de buena fe<sup>52</sup>, una noción lo suficientemente amplia para dotar a las partes con un apreciable grado de flexibilidad para estructurar sus negociaciones<sup>53</sup> en el curso las cuales, por cierto, cualquiera de las partes tiene derecho a retirarse, en cualquier momento y por cualquier motivo<sup>54</sup>. Agotada esta se pasaría al segundo o al tercer escalón a través de una serie de ADR, que pueden tener un alcance general, como la mediación o conciliación, pero que cada vez adoptan formas más sofisticada como tendremos ocasión de comprobar.

La metodología practicada en cada escalón es independiente y autónoma y ello se manifiesta en que las informaciones obtenidas en los escalones inferiores no puede ser utilizada en la última etapa caracterizada por la existencia de un proceso contradictorio<sup>55</sup>. El propio Reglamento de Mediación de la CCI, vigente desde 2014, reconoce y mantiene, siempre con carácter opcional (*“The parties may at any time, without prejudice to any other proceedings, seek to settle any dispute arising out of or in connection with the present contract in accordance with the ICC ADR Rule”*), la necesidad de la flexibilidad de otros procedimientos o combinaciones de procedimientos que tienen también por objetivo la solución amistosa de controversias, especialmente aquellos que descansan en el nombramiento de un tercero o un panel. El Reglamento en vez de establecer una regulación detallada de los distintos *“Amicable Dispute Resolution”* (en la terminología de la CCI) establece unos criterios generales para que puedan poner en marcha, dejando que las partes o el tercero, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, diseñen las particularidades del procedimiento elegido. En este caso se recomienda que cuando se realice una opción de este tipo, la cláusula donde se individualice describa claramente el tipo de controversia que será objeto del procedimiento alternativo, la descripción de este último y el mandato inequívoco de que el Centro Internacional de ADR de la CCI efectúe el nombramiento.

Como es obvio, en los escalones inferiores la metodología del arreglo pone el acento en la solución amistosa de la controversia pues con ello se pretenden no sólo objetivos basados en la eficacia,

<sup>52</sup> B.M. CREMADES SANZ-PASTOR, “La buena fe en el arbitraje internacional”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 5, nº 1, 2012, pp. 13-36.

<sup>53</sup> Como pusiera de relieve la Sentencia de la *Court of Appeal* de Nueva Gales del Sur (Australia) de 3 junio 2009 (*United Group Rail Services v Rail Corporation Of New South Wales*): *“An honest and genuine approach to settling a contractual dispute [...] does constrain a party [...] A party, for instance, may well not be entitled to threaten a future breach of contract in order to bargain for a lower settlement sum than it genuinely recognises as due [...] A party would [likewise] not be entitled to pretend to negotiate, having decided not to settle what is recognised to be a good claim, in order to drive the other party into an expensive arbitration that it believes the other party cannot afford [...]”* <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1517>>. Vid. los comentarios de S. CHAPMAN, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith”, *J. Int’l Arb.*, vol. 27, nº 1, 2010, pp. 89-98.

<sup>54</sup> De acuerdo con la *House of Lords*, 23 enero 1992 (*Walford v Miles*), [(1992) 2 AC 128 <<http://www.diprist.unimi.it/fonti/921.pdf>>] *“... while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a ‘proper reason’ to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content”*. Vid. E. KAJKOWSKA, “Enforceability of Multi-Step Resolution Clauses. An Overview of Selected European Jurisdictions”, *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations* (L. Cadet, B. Hess y M. Rquejo Isidro, eds.), Luxemburgo, Nomos, 2015, pp. 159-174, esp. pp. 162-163.

<sup>55</sup> El Regl. de mediación de la LCIA de 2012 establece en su art. 10.4º: *“All documents or other information produced for or arising in relation to the mediation will be privileged and will not be admissible in evidence or otherwise discoverable in any litigation or arbitration, except for any documents or other information which would in any event be admissible or discoverable in any such litigation or arbitration”*. En la misma línea, el art. 9.2º Regl. de mediación de la CCI de 2014, *“Salvo que sea exigido por el derecho aplicable y en ausencia de un acuerdo contrario entre las partes, ninguna parte podrá presentar como elemento de prueba en un proceso judicial, arbitral o similar: a) ningún documento, declaración o comunicación presentado por otra parte o por el Mediador en o para el Procedimiento, salvo que pueda obtenerse de forma independiente por la parte interesada en presentarlo en un proceso judicial, arbitral o similar”*.

reducción de costes y rapidez, sino el establecimiento de un marco profesional vinculado a la materia controvertida (*v.gr.*, un contrato de ingeniería) que puede ser de utilidad, si es necesario, ascender al escalón superior<sup>56</sup>. Además en el primer nivel las actuaciones van dirigidas esencialmente a las partes, y a la defensa de sus intereses, a diferencia de lo que ocurre en el último escalón donde las actuaciones se orientan al convencimiento del tercero que debe resolver el litigio con carácter vinculante.

Aparte de una actitud participativa de los litigantes, para que la cláusula tenga éxito se precisa que el tribunal del último escalón garantice en la medida de lo posible el agotamiento de los pasos iniciales antes de poner en marcha el proceso a él encomendado.

**14.** La secuencia señalada con anterioridad no siempre es seguida por las partes contendientes: no comienza necesariamente, con la negociación, seguido de la mediación u otros instrumentos de ADR y encuentra su final con un proceso ante un tribunal de arbitraje. La práctica muestra cláusulas escalonadas con redacciones muy diversas en las cuáles las partes establecen la negociación preliminar con carácter opcional o que únicamente se puede poner en marcha el mecanismo fijado en el escalón superior en la medida en que las partes no pudieron resolver la diferencia en el nivel de antecedente. En definitiva una sucesión de procedimientos *tailor-made*.

La complejidad de la cláusula, al establecer mecanismos diversos exige que esté redactada con especial atención pues cualquier inflexión o redacción oscura podría conducir a una inaplicabilidad. Una cláusula mal redactada no sólo crea incertidumbre, sino que puede convertirse en ineficaz o inaplicable<sup>57</sup>. Con el objeto de que esto no ocurra la cláusula debería dar respuesta a cuestiones tales como: el orden de las etapas a seguir, las reglas y limitaciones que deber ser observadas en cada escalón, el establecimiento de límites temporales y el sistema de notificación a las partes de que la etapa ha finalizado.

Para evitar los problemas derivados de una deficiente redacción de la MTDRC la *International Bar Association*, consciente de la cada vez mayor extensión de su empleo, ha incluido en sus “Directrices para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional” de 2010<sup>58</sup>, tres específicas atinentes a este tipo de cláusulas:

- “1. La cláusula debe señalar un período de tiempo para la negociación o mediación, desencadenado por un hecho definido e indiscutible (*i.e.*, una invitación escrita), después del cual cualquier parte puede acudir a arbitraje.
2. La cláusula debe evitar la trampa de presentar el arbitraje como facultativo y no como obligatorio.
3. La cláusula debe definir las controversias que deben ser sometidas a negociación o mediación y a arbitraje en términos idénticos”.

## 2. Diversificación de las alternativas

**15.** Parece procedente, a los efectos de determinar las consecuencias de su funcionamiento, realizar una descripción sumaria de algunos de estos mecanismos<sup>59</sup>, adelantando que están, por lo general, profundamente vinculados a un ámbito material muy concreto y que poseen distinto alcance: desde una mera facilitación del arreglo a una decisión resolutoria.

**16.** *Evaluación neutral*. Llamada también “*Early Neutral Evaluation*” se sustenta en la designación por las partes de un tercero experto, preferiblemente de alguien que goce de una serie de cuali-

<sup>56</sup> J. H. CARTER, “Issues Arising from Integrated Dispute Resolution Clauses”, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (A.J. van den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 446-469.

<sup>57</sup> En el Laudo CCI n° 2138 de 1974 el tribunal arbitral tuvo que decidir sobre su propia consecuencia a propósito de una cláusula MTDRC que preveía la conciliación previa seguida de arbitraje CCI, al haber instado el arbitraje una de las partes sin intentar la conciliación. Ante la oposición de la otra parte el tribunal declaró su competencia porque el texto controvertido de la cláusula no exigía la conciliación previa con arreglo a las circunstancias del caso pues se limitaba a prevenir la obstaculización aplicación continuo del contrato (*Journ. dr. int.*, 1975, p. 934).

<sup>58</sup> [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje\\_buenas\\_directrices\\_IBA.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf).

<sup>59</sup> *Vid.* una estudio pormenorizado en C. MACHO GÓMEZ, “Los ADR *alternative dispute resolution* en el comercio internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n° 2, 2013, pp. 398-427.

dades tales como: reputación acreditada, alto nivel de confianza para los contendientes, experiencia en la materia objeto de la controversia, capacidad para captar rápidamente los problemas, e idoneidad para debatir abierta y claramente sin llegar a situaciones irreparables. Su empleo se ha entendido a los litigios que involucran una confrontación de pruebas documentales complejas o contradictorias, como acontece en los asuntos relacionados con la construcción o en los casos de negligencia médica, siempre que las posiciones de las partes no sean especialmente hostiles o irreconciliables. Está, pues, especialmente indicado para litigios donde los problemas técnicos requieren conocimientos especiales para resolver el monto de una indemnización.

Ciertos centros fomentan esta técnica proporcionando a los contendientes un elenco de expertos neutrales, con indicación de su especialización (Cámara de Comercio Internacional, *American Arbitration Association*, *ADR Chambers UK & Europe...*), a los que se exige una declaración de independencia en la cual revele todas las circunstancias que puedan poner en duda su imparcialidad. El experto evaluador, cuya actividad es remunerada, tiene como misión escuchar las presentaciones de los contendientes de sus posiciones, valorar los documentos y los afidávits de los testigos presentados y proporcionar una “evaluación objetiva” del litigio. El mecanismo a seguir es bastante simple. El evaluador y las partes deciden sobre la duración y el alcance de las declaraciones escritas iniciales; a continuación tienen lugar una o varias sesiones conjuntas de las partes con los abogados que se inician con la presentación por estos últimos de un resumen de sus pretensiones y en el curso de la cual el experto efectúa las preguntas pertinentes para enriquecer su evaluación final que, por lo general, registra forma escrita y debe presentarse en un plazo muy breve una vez concluidas las sesiones. Este documento final acostumbra a incluir una descripción del fondo de la controversia, las posiciones de las partes y la valoración de los eventuales daños, insertando al final la propuesta de solución conveniente detallada y, a ser, posible, aportando las cifras pertinentes, y apuntando el camino para un acuerdo negociado. Se admite que las partes pueden solicitar del evaluador una aclaración de determinados extremos de su decisión.

El valor de la evaluación así efectuada está en función directa de la autoridad que las partes le confiaron, pero no tiene carácter vinculante. De lo contrario, el mecanismo se transforma en una *expert determination*. Así y todo resulta de gran utilidad, lo que justifica su expansión, pues al margen de mejorar la comunicación entre las partes, es particularmente útil cuando los participantes son los ejecutivos de las empresas litigantes o los gestores de riesgos que, con posterioridad al resultado, informan a las partes interesadas para que adopten una decisión al respecto, consistente en resolver la controversia conforme a lo estipulado por el evaluador o pasar a un escalón superior, generalmente el arbitraje. Sus defensores aseveran que una evaluación de este tipo coadyuva a que las partes aclaren, delimiten y precisen el alcance de la controversia, lo que favorece las posibilidades de arreglo futuro.

Ciertas entidades dedicadas a la resolución de controversias en el ámbito de los negocios internacionales, como la *American Arbitration Association* incluyen un modelo de cláusula que posibilite este procedimiento antes de recurrir al arbitraje:

*“Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association under its Arbitration Rules, and judgment on the award rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof. The parties to this contract agree that either party may, within \_\_ days after the filing of a Demand for Arbitration, demand that the parties’ dispute first be submitted to a neutral evaluator pursuant to the American Arbitration Association’s Early Neutral Evaluation Procedures prior to proceeding with arbitration”.*

Siguiendo la tónica general de estos mecanismos alternativos, se prohíbe al evaluador divulgar la información confidencial revelada por las partes o por los testigos en el transcurso de su función. Y dicha confidencialidad se extiende a todos los informes y documentos manejados durante el proceso.

**17. Fact-finding.** Se trata de un mecanismo en virtud de cual un perito neutral examina e investiga los diferentes aspectos fácticos y técnicos presentados por las partes con el objeto de esclarecer la veracidad de dichos extremos y elabora un informe independiente sobre la causa de la discrepancia cuyo posible carácter vinculante deberá ser precisado por las partes. Se inicia generalmente por medio



de un acuerdo escrito entre las partes e inmediatamente, si interviene una institución administradora, se designa al tercero de una lista de candidatos con la experiencia necesaria para llevar a cabo su cometido. El designado trabaja con las partes en el establecimiento de un programa apropiado donde se indica qué documentos deben presentarse y se identifica a las personas con la información relacionada con la controversia. Asimismo establecen el calendario y la duración de las audiencias.

Para alcanzar su cometido el experto entrevistará a los litigantes y reunirá la información adicional pertinente. Las conclusiones y recomendaciones no son vinculantes, pero se incorporan en las negociaciones entre las partes y sus abogados. El investigador de hechos por lo general no participa directamente en el proceso de negociación. Este mecanismo es particularmente eficaz cuando las partes se encuentran ante una decisión difícil de adoptar en función de la existencia de informaciones insuficientes o contradictorias. Por esa razón un dictamen neutral coadyuva en una negociación mejor centrada y, por tanto, con mayores posibilidades de éxito.

**18. Adjudication.** En una amplia variedad de contratos vinculados esencialmente a la construcción se establece la posibilidad de que la controversia sea resuelta por un tercero independiente mediante una decisión provisional, que no tiene la eficacia de la cosa juzgada inherente al laudo arbitral<sup>60</sup>. Por lo general ese tercero es un experto en la materia objeto de la controversia y sus decisiones, son aceptadas provisionalmente por las partes tras una evaluación imparcial de las presentaciones de las posiciones de éstas últimas y otras pruebas y si las partes no acuden a arbitraje o a un proceso judicial en un plazo determinado, la decisión será definitiva. Resulta un método sencillo y relativamente informal de resolución de disputas que vinculan a las partes hasta que la decisión es impugnada judicialmente o ante los árbitros. Se lleva a cabo dentro de un marco de tiempo estrictamente limitado y por lo tanto es relativamente barata. La experiencia demuestra que la mayoría de las decisiones adoptadas en este marco son aceptadas de manera permanente y que en muy pocas ocasiones tienen lugar actuaciones posteriores.

**19. Expert determination.** Es un mecanismo utilizado habitualmente en determinadas controversias que implican cuestiones técnicas, como la valoración de derechos de propiedad intelectual, la interpretación de las reivindicaciones de patentes y el alcance de los derechos cubiertos por una licencia<sup>61</sup>. En él las partes exponen sus alegaciones a un tercero experto en la materia (jurista, ingeniero, contable...), que adoptará una decisión vinculante y definitiva al conflicto planteado, pero que tampoco tendrá la consideración de cosa juzgada. Habida cuenta que la determinación del experto deriva directamente de un contrato, las partes tienen total libertad para regular el inicio, continuación y terminación del procedimiento ante este tercero. Entre las características más relevantes de este mecanismo cabe resaltar su carácter consensual en el sentido de que únicamente se pondrá en marcha si ambas partes lo aceptan de común acuerdo y nombran al experto<sup>62</sup>. Dicho carácter consensual se extiende al idioma a utilizar y a la determinación del lugar donde se celebren las reuniones. Y a ello hay que añadir que, como regla general, debe respetarse la confidencialidad de las actuaciones. El dictamen del experto es vinculante y, como tal, obliga a las partes si éstas no han dispuesto lo contrario y dicho dictamen puede utilizarse de forma independiente o en relación con un arbitraje, mediación o un procedimiento judicial.

**20. Dispute Review Boards.** Los Paneles de Revisión de Controversias son utilizados con frecuencia en litigios derivados de los contratos internacionales de construcción por adecuarse a la solución

<sup>60</sup> Vid. P. HIBBERD y P. NEWMAN, *ADR and Adjudication In Construction Disputes*, Oxford, Londres, Edimburgo, 1999, pp. 165-167.

<sup>61</sup> R. GOLDSCHIEDER, "The Employment of Experts in Mediating and Arbitrating Intellectual Property Disputes", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol.6, n.º.4, 1995, pp. 399-407; I. DE CASTRO y S. THEURICH, "Efficient Alternative Dispute Resolution (ADR) for Intellectual Property Disputes", *Handbook of European Intellectual Property Management*, Kogan Page, 2009, pp. 479-485 <http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/euro.pdf>.

<sup>62</sup> Algunas instituciones como el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI disponen que si las partes no se han puesto de acuerdo sobre el nombramiento del experto o de un procedimiento diferente para su designación, éste será designado por el Centro de Arbitraje y mediación de la OMPI, previa consulta con las partes. Vid. *Guía de la OMPI sobre solución extrajudicial de controversias para Oficinas de Propiedad Intelectual y tribunales judiciales*, Ginebra, Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, 2015, pp. 30-32.

de los problemas técnicos vinculadas con frecuencia a los propios proyectos y a su realización que, por lo demás, están sujetos siempre a alteraciones. En las controversias inherentes a este tipo de contratos la *Federation of Consulting Engineers* (FIDIC) acostumbra a incluir soluciones a cuestiones técnicas. Ello amerita a que serán los propios técnicos o ingenieros que participan en la ejecución de los proyectos los que intenten solucionar por sí mismo la controversia entablada al margen de los procedimientos legales. Es una variante de la *adjudication* con la diferencia de que el papel del tercero lo lleva a cabo una comisión de expertos en la materia y sus decisiones son vinculantes, a menos que se suscite un proceso jurisdiccional o un arbitraje. Consiste esencialmente en un dispositivo protagonizado por un comité independiente integrado por tres personas que evalúa las controversias que puedan surgir durante el proyecto y hacer recomendaciones de solución a las partes. Cada parte selecciona a un miembro y posteriormente pueden ponerse de acuerdo sobre el tercero, si no lo hacen, los dos miembros elegidos pueden designar al otro miembro. El panel puede realizar inspecciones oculares y se reúne regularmente para escuchar las presentaciones de las partes y sugerir soluciones. Las audiencias son generalmente informales, sin interrogatorio y las partes deciden la cantidad y extensión de la información que desean presentar<sup>63</sup>.

La CCI aporta una serie de modelos de cláusulas que contemplan este procedimiento:

*Dispute Review Board CCI seguido por arbitraje CCI en caso necesario:* Por la presente, las Partes se comprometen a constituir un Dispute Review Board (“DRB”) conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”) relativo a los Dispute Boards (el “Reglamento”), el cual es considerado parte integrante de la presente. El DRB se compone de [uno/tres/X] miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento.

Todas las controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él serán sometidas en primer lugar al DRB conforme al Reglamento. Para cualquier controversia, el DRB emitirá una Recomendación de conformidad con el Reglamento.

Si una de las Partes no acata una Recomendación cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede, sin tener que recurrir primero al DRB, someter este incumplimiento a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. Una Parte que no cumpla con una Recomendación cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento no podrá plantear ningún asunto sobre el fondo de la Recomendación como defensa de su falta de cumplimiento sin demora de la Recomendación.

Si una Parte notifica por escrito a la otra y al DRB su desacuerdo con una Recomendación, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el DRB no ha emitido una Recomendación en el plazo establecido por el Reglamento, o incluso si el DRB es disuelto conforme al Reglamento antes de que se emita la Recomendación, la controversia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

**21. Mini-trial.** Tiene muchos puntos en común con la mediación. Cada parte presenta su visión del caso durante un breve periodo ante una comisión formada por altos ejecutivos pertenecientes a las empresas enfrentadas con total poder de decisión y por un tercero independiente (*neutral advisor*). Se asemeja a una audiencia de mediación, en la que hay una presentación por cada parte de una versión resumida de su caso a un grupo de personas con el propósito de resolver o solucionar la controversia. Sin embargo, hay una diferencia importante con la mediación pues en ésta el mediador es un tercero neutral que no toma partido por los argumentos de una de las partes, sino que trata de facilitar la comunicación abierta entre éstas con la finalidad de alcanzar un compromiso. Por el contrario en el *mini-trial* los intervinientes son ejecutivos de alto nivel defensores de las posiciones de las partes, sin responsabilidad de supervisión directa para el proyecto que dio lugar a la controversia, pero que cuentan con autorización expresa de éstas para realizar su función, resolviendo tras escuchar los argumentos de los lados opuestos de la controversia. En la práctica los representantes de las partes, en general sus abogados, no tienen un papel activo en las negociaciones del eventual acuerdo. El panel puede contar en ocasiones con la ayuda de un *hearing officer* o facilitador cuya función está limitada a la conducción del proceso y de las audiencias, asegurando que las presentaciones de los abogados se efectúen de manera ordenada.

<sup>63</sup> K.M.J. HARMON, “Effectiveness of Dispute Review Boards”, *Journal of Construction Engineering and Management*, november/december, 2003, pp. 674-679 <<http://www.harmonyorkassociates.com/Effectiveness%20of%20DRB.pdf>>.

El *mini-trial* posee un carácter voluntario y no vinculante, y su éxito está en función de la autoidad que puedan ejercer los dos panelistas ejecutivos dentro de sus propias organizaciones<sup>64</sup>.

#### IV. Eficacia de las cláusulas: examen de la práctica

##### 1. Prevención de eventuales patologías

22. No puede ignorarse que la complejidad de estas cláusulas puede dar lugar a diversas situaciones patológicas, principalmente si las partes se niegan a cooperar, o a la necesidad de resolver cuestiones incidentales al arbitraje por la propia incertidumbre del contenido de la cláusula<sup>65</sup>. Baste atender a la precisión temporal de si el mecanismo previsto en un escalón inferior ha concluido y se ha iniciado el previsto en el escalón superior si las partes tienen pareceres dispares al respecto. Y otra patología puede derivar de la revelación de determinada información empresarial en una etapa inferior que puede ser perjudicial para una de las partes en el momento cuando se tramita una nueva etapa.

La cuestión esencial que subyace cuando se estudia el funcionamiento de estas cláusulas es la de determinar cuáles son las consecuencias si una parte hace caso omiso de los escalones iniciales y pone en marcha un proceso arbitral sin haber participado en las negociaciones o en la mediación, o sin que éstas hayan concluido. De hecho, las legislaciones nacionales no suelen establecer sanciones claras en orden a su incumplimiento. La respuesta no es fácil pues, en determinadas situaciones, limitar el derecho de las partes a entablar procedimientos arbitrales o judiciales, puede reducir el propio ámbito de la conciliación y, si no suscitar incluso problemas constitucionales por vulnerar el postulado de la tutela judicial efectiva.

Como regla general, si una cláusula MTDRC obliga a las partes a participar en una o más formas de negociación o en otro ADR como condición previa al arbitraje, el tribunal arbitral no tendrá competencia para conocer del litigio hasta que las partes hayan cumplido con lo estipulado. Por consiguiente, una mala redacción o una imprecisión de la cláusula, *v.gr.*, cuando no especifica un límite de tiempo para completar un proceso de ADR preliminar puede permitir que una parte retrase en su propio interés el arbitraje. Ante el riesgo de sí los árbitros declaran su competencia, el laudo ulterior podría ser anulado ante los tribunales estatales. Así sucedió en EE UU el asunto *White v. Kampner*<sup>66</sup> donde el Tribunal consideró que las sesiones de negociación obligatorias constituían una condición previa al arbitraje y que era esencial la determinación de si las sesiones eran necesarias. Al determinar positivamente este último extremo, confirmó la anulación del laudo.

De esta suerte, el acuerdo de voluntades en el que se concreta la cláusula, encuentra ciertos límites en el sentido de no entorpecer el acceso a la justicia o al arbitraje como una forma de hacer efectivos los derechos de las partes<sup>67</sup>, pero se trata de una opción que no tiene por qué dejar de ser seria y confiable.

<sup>64</sup> J.C. NAJAR, "Le mini-trial: chimère ou panacée ?", *Droit et pratique du commerce international*, vol. 14, 1988, pp. 451-483.

<sup>65</sup> En las controversias concernientes a contratos de construcción el cumplimiento o incumplimiento con lo establecido en el primer escalón, condiciona decisivamente la competencia del tribunal arbitral. En el Laudo CCI nº 6535 de 1992 [*Collection of ICC Arbitral Awards (1991-1995)*, J.J. Arnaldez, Y. Derains y D. Hascher (eds.), ICC Publication nº 553, 1997, p. 495] el tribunal arbitral trató el significado de "diferencia" en las condiciones de la FIDIC. En ese caso, el contratista había enviado una serie de cartas al ingeniero de indicando la necesidad de extender los plazos y el pago de las variaciones de la obra. La cuestión era determinar si el contenido de esas cartas, que no había sido rechazado por el ingeniero, habían puesto en marcha el mecanismo de arreglo previsto en la cláusula. El tribunal arbitral consideró que, como quiera que el ingeniero no había desestimado las reclamaciones, no tenía competencia para entender del asunto. Por su parte en el Laudo nº 6238 de 1989 ("Extracts from ICC Arbitration Awards..."), *loc. cit.*, pp. 85-87) el tribunal arbitral también tuvo que pronunciarse sobre la eventual corrección de la solicitud de intervención del ingeniero de conformidad con las condiciones de la FIDIC, concluyendo que dicha solicitud debía individualizar claramente la controversia, no siendo suficiente que una parte mostrase su intención de someter la controversia al ingeniero. Finalmente, por sólo citar otros caso en el Laudo preliminar CCI nº 9984 de 1999 también tuvo que pronunciarse sobre su propia competencia, a propósito del cumplimiento del escalón previsto en la cláusula de intentar resolver la controversia de manera amistosa, llegando a la conclusión que este se había efectuado y que era factible iniciar el procedimiento de arbitraje.

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Connecticut de 18 febrero 1994 [229 Conn. 465 (1994) [http://www.leagle.com/decision/1994694229Conn465\\_1666/WHITE%20v.%20KAMPNER](http://www.leagle.com/decision/1994694229Conn465_1666/WHITE%20v.%20KAMPNER)].

<sup>67</sup> T. GIOVANNINI, "Qui controle les pouvoirs des arbitres: les parties, les arbitres ou la Cour d'arbitrage?", *Les arbitres internationaux*, Société de Législation comparée, 2005, pp. 135 ss.

Puede afirmarse, en términos generales, el deber de los tribunales arbitrales (o eventualmente judiciales) de suspender todo procedimiento en el caso de que las partes no renuncien al arreglo de controversia previsto en los escalones anteriores. Cosa distinta es su competencia para hacer que la parte renuente coopere de una manera significativa.

Otro inconveniente es que el recurso a esta técnica posee un carácter voluntario lo que implica que resulta suficiente que una de las partes quiera poner fin a la práctica de la misma para que ésta se pase al escalón siguiente, aunque puede establecerse que la renuncia debe solicitarse conjuntamente por las partes en litigio. Como regla general en estas situaciones deberá acudirse a lo expresamente pactado, pero si nada se dijo hay que valorar cada caso por separado, atendiendo especialmente a la actitud de las partes y la viabilidad de una solución amistosa. La interacción entre ambos mecanismos apunta a situaciones de cierta complejidad.

**23.** La práctica demuestra que las controversias en los escalones inferiores no quedan limitadas al contenido del contrato en el que se inserta la cláusula, sino que se extiende al contenido de esta última y a su eficacia jurídica cuando exigen que los procedimientos de arreglo de controversia se cumplan con carácter obligatorio. El ejemplo ejercido por la decisión de la *High Court* de Inglaterra en el asunto *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd*<sup>68</sup> afirmando que el incumplimiento de los procedimientos de resolución de conflictos pre-arbitrales pueden eliminar la competencia de un tribunal arbitral ha sido determinante<sup>69</sup>. En consecuencia, si una de las partes se niega a cumplir con el acuerdo, la cuestión de la efectividad de estos instrumentos ofrece un marco problemático de difícil solución. A ello deben añadirse los problemas derivados de la determinación de si la primera fase o, eventualmente, la segunda, han concluido y, en tal caso son de obligado cumplimiento, o se han frustrado, y por el contrario deberá ponerse en marcha el arbitraje sin más preámbulos. Y, por último, puede darse una confrontación entre el último escalón y el procedimiento jurisdiccional<sup>70</sup>. El estudio de la jurisprudencia de los Estados y de la práctica arbitral evidencia que estas cuestiones distan mucho de estar cerradas<sup>71</sup>.

**24.** La eficacia o ineficacia de una cláusula de varios niveles dependerá de si hay o no dudas acerca de la intención de las partes para resolver la controversia mediante arbitraje o ante la jurisdicción si fallan los mecanismos previos de arreglo de controversias. Debe quedar clara la intención en tal sentido, distinguiéndose de otras iniciativas de tenor similar, que ponen el acento en un “arreglo amistoso”, pero que no poseen carácter obligatorio para las partes que las han insertado en un contrato; para evitar la ambigüedad en el idioma de la cláusula ésta debe mostrar claramente que el mecanismo establecido

---

<sup>68</sup> Sentencia de la *High Court* de Inglaterra *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd*, [2014] EWHC 2104 (Comm) at para 3, [2015] 1 WLR 1145 (EWHC QB) [Emirates]. *Vid.* los comentarios de O. KRAUSS, “The Enforceability of Escalation Clauses Providing for Negotiations in Good Faith Under English law”, *McGill Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, 201-2016, pp. 142-165.

<sup>69</sup> *Vid.* los comentarios críticos de L. FLANNERY, “Emirates Trading, good faith, and pre-arbitral ADR clauses: a jurisdictional precondition?”, *Arb. Int'l.*, vol. 31, n° 1 2015, pp. 63-106.

<sup>70</sup> Es el caso abordado en Argentina por la Sentencia de 19 de octubre de 2010 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, de 19 octubre 2010 (*Cemaedu SA y otros v. Envases EP SA y otro sobre ordinario*) [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, *Repertorio de Jurisprudencia 2010*, 3ª parte, pp. 185-185]: “Es procedente la excepción de incompetencia deducida por el fiador codemandado con base en la cláusula arbitral pactada en el contrato de compraventa de acciones que afianzó, en tanto la cláusula referida consignó textualmente, que ‘toda controversia que se suscite entre las partes con relación al contrato, su existencia, validez, calificación, interpretación, alcance, cumplimiento o resolución, será resuelta mediante los procesos de negociación, mediación, y arbitraje establecidos en la cláusula del contrato’. Por consiguiente, no caben dudas de que el afianzamiento íntegro de un contrato por parte del fiador, sin exclusión de la comentada cláusula de prórroga de competencia, la habilita sustancial y procesalmente a invocarla, aunque el deudor principal nada hubiera dicho al respecto. El razonamiento contrario, implicaría un grave perjuicio a su derecho de defensa, pues aquel afianzó un contrato determinado en el entendimiento de que sus controversias se decidirían por un tribunal arbitral. Por ende, desconocer esa opción resultaría ajeno al principio por el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse, y ajustarse de buena fe, de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (*cf.* arts. 1197 y 1198 Cciv).

<sup>71</sup> Un examen de la jurisprudencia de EE UU, Inglaterra, Australia, Alemania, Francia y Suiza se encuentra en el estudio de S. KRENNBAUER, “Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses in International Business Contracts”, *Yearb. Int'l Arb.*, vol. 1, 2010, pp. 199-2006.

es obligatorio, utilizando para ello expresiones como “las partes deberán” o “las partes están obligadas a ...”. Por el contrario, debido a la ambigua redacción de la MTDRC, un tribunal de arbitraje o un tribunal jurisdiccional podrían considerar que la intención de las partes quedaba reducida a llegar a un acuerdo, o que cualquier tipo de comunicación entre ellas sería suficiente para cumplir con el requisito de negociar de forma amistosa o en buena fe, y agotar de este modo el primer escalón de la MTDRC y seguir con el proceso instado ante ellos. Por ejemplo, en el Laudo CCI nº 10256 de 2000<sup>72</sup> el tribunal sostuvo que la palabra “puede” en una cláusula de tres escalones, que incluía en el segundo de ellos que las partes “podían” someter la controversia a un experto para su consideración, era un término, en consecuencia, no vinculante. Bajo estas circunstancias, según el tribunal arbitral, “*either party is free to refer the dispute to arbitration ... whether or not there have been good faith mutual discussions ... or a reference to mediation by an expert*”<sup>73</sup>.

Para evitar semejante situación la redacción de la MTDRC en términos imperativos proporciona, en efecto, certidumbre en cuanto a si las etapas previas acordadas por las partes antes de un arbitraje o litigio jurisdiccional son obligatorias. Y, en este caso, inclinar a los tribunales arbitrales o jurisdiccionales, a favor de la admisibilidad de los procedimientos previos y a declarar su incompetencia. Cuanto más detallada, estricta y meticulosa sea la redacción de la cláusula, mayor será la probabilidad del cumplimiento de su contenido, evitándose incertidumbres y confrontaciones acerca de su significado y efectos. Dicho en otros términos, una redacción clara y convincente con respecto a los mecanismos contemplados en el primer escalón contribuye a reforzar claramente la intención de las partes de que una violación de la MTDRC constituiría un impedimento efectivo a las acciones judiciales o arbitrales.

**25.** La certeza es una cuestión especialmente relevante en la redacción de este tipo de cláusulas ya que con frecuencia insertan conceptos poco precisos como la “obligación de negociar de buena fe” resultando muy difícil tratar de cumplir algo que necesita la cooperación y el consentimiento<sup>74</sup>. Además, en determinados ordenamientos, como el inglés, si los términos de un contrato son inciertos o incompletos, éstos no serán vinculantes<sup>75</sup>. Para evitar problemas futuros resulta aconsejable que las cláusulas determinen un procedimiento sencillo y claro que permita la distinción entre los distintos escalones, su duración y los trámites a seguir en cada uno de ellos. Esto se facilita a través de una redacción precisa que garantice la viabilidad de los procedimientos de solución en ellas incluidos<sup>76</sup>, o que permita suspender el recurso al arbitraje hasta que se resuelva el mecanismo previsto en el escalón inferior<sup>77</sup>. Su eficacia se facilita, además, si la redacción establece claramente que cada una de las etapas es una condición previa al arbitraje o al litigio ante los tribunales y si se incluye la obligación de notificar formalmente a la otra parte el comienzo y el final de cada una de las etapas. Por último, si en los escalones inferiores se prevé la intervención de expertos deberá determinarse cuál es su retribución y el lugar donde deben

<sup>72</sup> “Extracts from ICC Arbitration Awards...”, *loc. cit.*, pp. 88-89.

<sup>73</sup> La práctica de la CCI contaba ya con precedentes en el mismo sentido como evidenció el Laudo CCI nº 4230 de 1974 (*Journ. dr. int.*, 1975, pp. 934-938). Ante el argumento de que el requisito de la conciliación previa al arbitraje no había sido respetado consideró que de la redacción de la cláusula (“...*all disputes related to the present contract may be settled amicably by three conciliators, one designated by each of the parties and the third by agreement of the two parties*”) se infería la no exigencia de ese requisito.

<sup>74</sup> Sentencia de la *High Court* de Irlanda de 4 julio 2013 (*Esso Ireland Limited & Anor v. Nine One One Retail Limited*) [(2013) IEHC 514 <<https://cases.legal/en/act-uk2-77043.html>>].

<sup>75</sup> *House of Lords*, 23 enero 1992 (*Walford v Miles*), *vid supra* nota 54.

<sup>76</sup> Como pusiera de relieve en Inglaterra la Sentencia de la *High Court* de 3 julio 2012 (*Wah -Aka Alan Tang- & Anor v. Grant Thornton International Ltd. and others*): “*The test ... is whether the obligations ... it imposes are sufficiently clear and certain to be given legal effect... [T]he test is whether the provision prescribes, without the need for further agreement: (a) a sufficiently certain and unequivocal commitment to commence a process; (b) from which may be discerned what steps each party is required to take to put the process in place; and which is (c) sufficiently clearly defined to enable the court to determine objectively (i) what under that process is the minimum required of the parties to the dispute in terms of their participation in it and (ii) when or how the process will be exhausted or properly terminable without breach*” [(2012) EWHC 3198 (Ch), (2012) CN 63, párrafo 60 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html>)].

<sup>77</sup> Sumamente elocuente es, en EE UU, la Sentencia del Tribunal de Apelaciones (Primer circuito) de 17 enero 2003 (*Him Portland, LLC v. Devito Builders, Inc.*): “*Here, there is no doubt that the parties intended that the duty to arbitrate would not ripen until after the condition precedent of mediation had been satisfied*”. [317 F.3d 41 (<http://openjurist.org/317/f3d/41/him-portland-llc-v-devito-builders-inc>)]

realizarse las reuniones; y si lo que se dispone es la intervención de un mediador, deberían explicitarse los mecanismos para su selección.

En definitiva, la cláusula debe suministrar un elevado grado de certeza para que las partes no puedan escaparse a su aplicación alegando falta de claridad<sup>78</sup>. Dicha certeza debe proyectarse a la “precisión temporal” delimitando claramente el inicio de las negociaciones, el inicio del período para la realización de los otros ADR y su finalización para que la controversia pueda ser reconducida al arbitraje. Como se ha advertido con razón, “la cláusula que contenga el binomio ADR/arbitraje debe ser redactada con cuidado para que, adecuándose a las necesidades del caso, se evite que una constituya un óbice para el buen funcionar de la otra”<sup>79</sup>. Para ello los escalones previos deben en la cláusula ser limitados en el tiempo y precisar en la medida de lo posible, del plazo en que finalizan los mecanismos previos a la jurisdicción o al arbitraje. A ello ayuda la indicación de un hecho inequívoco, como una invitación escrita para negociar o mediar bajo la cláusula, o el nombramiento de un mediador. Por ejemplo en Francia la Sentencia de la *Cour de cassation* (cámara mixta) de 14 febrero 2003 (*Poiré v. Tripier*)<sup>80</sup> afirmó, aunque con un razonamiento muy escueto, que las MTDRC tienen eficacia en Francia siempre que incluyan con carácter obligatorio una conciliación previa o una etapa de mediación y no simplemente opcional.

## 2. Alcance del pactum de nom petendo

26. La cuestión consiste en determinar si el acuerdo entre las partes para negociar primero y /o mediar después, siempre con anterioridad al arbitraje (escalones iniciales), constituye un acuerdo de procedimiento, en cuyo caso se trataría de una condición previa al arbitraje y a la admisibilidad formal de la reclamación, o si se trata de un acuerdo de carácter sustantivo, al igual que las demás disposiciones contractuales, en cuyo caso una violación de las obligaciones de primer nivel deberían ser consideradas como un incumplimiento de contrato, pero sin consecuencias adversas a la competencia del tribunal arbitral. La práctica procedente de las jurisdicciones nacionales, como la suiza<sup>81</sup>, la alemana<sup>82</sup>, o la de Singapur<sup>83</sup>,

<sup>78</sup> En Francia la Sentencia de la *Cour de cassation* de 28 marzo 2012 (*Hainan Yangpu Xindadao Industrial Co Ltd.*) declaró que la MTDRC debía cumplirse pese a que había una discrepancia entre las versiones francesas y china de la misma, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025603566&fastReqId=1865477954&fastPos=1>).

<sup>79</sup> F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “Mecanismos alternativos de solución de controversias, notas sobre el creciente desarrollo del área”, *Ars Iuris*, vol. 30, 2003, pp. 39-67, esp. p. 66 <[https://works.bepress.com/francisco\\_gonzalez\\_de\\_cossio/16/](https://works.bepress.com/francisco_gonzalez_de_cossio/16/)>

<sup>80</sup> *Rev. arb.*, 2003, p. 403, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047169&dateTexte=>). *Vid.* C. JARROSSON, “Observations on Poiré v. Tripier”, *Arb. Int'l*, vol. 19, n° 3, 2003, pp. 363-369.

<sup>81</sup> La jurisprudencia suiza es en este punto contradictoria. En relación con la existencia de una conciliación previa a un procedimiento jurisdiccional, la Sentencia se inclinó por la naturaleza sustantiva de la cláusula. *Vid.* la Sentencia del Tribunal de Casación de Zúrich de 15 marzo 1999 [ZR 99 (2000) No.29]. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Apelación de Zúrich de 11 septiembre 2001 [ZR 101 (2002), No.21, 77-81, esp. p.78] consideró que la cuestión de los procedimientos de conciliación obligatorias estaba vinculada a los presupuestos procesales a la jurisdicción y no, como declarado en la resolución anterior del Tribunal de Casación, una cuestión de derecho sustantivo. Esta última tendencia ha sido seguida por la Sentencia de del Tribunal de Apelación del Cantón de Turgovia de 23 abril 2001 [ASA Bulletin 2003 pp.418-420]. *Vid.* las observaciones de A. JOLLES, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, *Arbitration*, n° 72, 2006, pp. 329-338, esp. pp. 329-331.

<sup>82</sup> En una decisión del *Bundesgerichtshof* de 18 noviembre 1998 [VIII ZR 344/97, [http://www.judicialis.de/Bundesgerichtshof\\_VIII-ZR-344-97\\_Urteil\\_18.11.1998.html](http://www.judicialis.de/Bundesgerichtshof_VIII-ZR-344-97_Urteil_18.11.1998.html)], el tribunal sostuvo que una cláusula, en virtud del cual las partes habían acordado intentar resolver con carácter previo las controversias derivadas de un contrato a través de negociaciones antes de entablar un procedimiento judicial, es válida de conformidad con la normativa alemana y que el tribunal no podía actuar en tanto que dichas negociaciones no se hubieran iniciado y completado; asimismo el tribunal afirmó que en este caso las partes tenían la obligación de cooperar en la realización de las negociaciones “*Die Abrede, daß im Streitfall vor Anrufung der staatlichen Gerichte ein Güteversuch vor der zuständigen berufsständischen Vertretung zu unternehmen ist, entspricht dem berechtigten Interesse beider Parteien*”).

<sup>83</sup> De acuerdo con la Sentencia Tribunal de Apelación de Singapur de 27 agosto 2012 (*HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd (trustee of Starhill Global Real Estate Investment Trust) v. Toshin Development Singapore Pte Ltd.*) [(2012) 4 SLR 738 (<http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/court-of-appeal-judgments/14964-hsbc-institutional-trust-services-singapore-ltd-trustee-of-starhill-global-real-estate-investment-trust-v-toshin-development-singapore-pte-ltd-2012-sgca-48>)] se ha inclinado por exigir el cumplimiento de lo previsto en una cláusula de negociación de buena fe en los casos donde inequívocamente las partes han incumplido o no han realizado de buena fe la obligación.

ha estudiado esta cuestión preferentemente acerca del condicionamiento de los primeros escalones sobre la competencia de la jurisdicción para resolver el litigio, discutiendo respecto a la naturaleza sustantiva o procesal del incumplimiento o del fracaso de lo actuado en dichos escalones. La cuestión no es baladí. Si se considera que estamos ante un incumplimiento contractual sería obligado el establecimiento de una indemnización con la consiguiente dificultad de establecer la cuantía de los daños. Pero semejante solución no se acomoda al espíritu de la cláusula que no es otra cosa que la puesta a disposición de las partes de un elenco de mecanismos de solución de controversias. Si el asunto llega al juez o al árbitro éstos deberán limitarse a estudiar la procedencia de la puesta en marcha del último escalón.

Por supuesto cuando el escalón de cierre es el arbitraje, la determinación de la validez del acuerdo de arbitraje debe ser resuelto por los propios árbitros en aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*. Conforme a este postulado los tribunales de arbitraje deberán examinar minuciosamente las circunstancias previstas en la MTDRC y cuál ha sido la actividad desempeñada por el demandante en orden a su cumplimiento.

27. Con carácter general puede afirmarse que el cumplimiento de las obligaciones del primer escalón es una condición previa al procedimiento arbitral por tanto su inobservancia obliga a no admitir la demanda hasta el acatamiento de los compromisos asumidos. Sin embargo, los tribunales arbitrales no pueden decidir sobre esta cuestión de oficio, sino sólo sobre la base de la objeción por una de las partes. Si los compromisos de primer nivel ya no se pueden cumplir, el tribunal debe declarar inadmisibles las reclamaciones. Otro punto de vista confirma que una violación de los compromisos de primer nivel no excluye la jurisdicción de un tribunal de arbitraje, pero sugiere que el tribunal debe suspender el procedimiento hasta el cumplimiento de los compromisos de primer nivel<sup>84</sup>. Para evitar estos inconvenientes, la generalidad de las cláusulas incluye de manera explícita o implícita un *pactum de non petendo*, que se traduce en la obligación a las partes a abstenerse de presentar demandas jurisdiccionales o arbitrales durante este período<sup>85</sup>. Como consecuencia de ello el tribunal judicial o arbitral estará obligado a impedir que se entable un litigio o un arbitraje si eso fuese contrario a lo acordado por las partes. Ello implica que si, por ejemplo, se pone en marcha el arbitraje vulnerando este acuerdo, el tribunal arbitral deberá suspender el procedimiento. Pero la solución dista de ser fácil, pues si el tribunal considera inadmisibile una solicitud de arbitraje, deberá delimitarse el estado de los procedimientos seguidos en los escalones anteriores y, en particular, si han finalizado o si siguen siendo vinculantes.

No está de más, pues, que figure en la cláusula que las partes se comprometen a no iniciar otros procedimientos mientras no se han agotado los mecanismos previstos en los distintos escalones.

28. De no hacerlo así puede considerarse que nos halleemos ante una “solicitud de arbitraje prematura”, lo que no implica que éste pueda ponerse en marcha en una etapa ulterior. Esto nos lleva a la cuestión de la ejecutabilidad de las MTDRC, que ha dado lugar a una copiosa práctica de la que nos limitaremos a señalar algunas decisiones relevantes que no son, por cierto, un ejemplo de armonización.

<sup>84</sup> Existen posiciones contrarias que argumentan que los requisitos de admisibilidad de la acción ante los Tribunales son una cuestión de Derecho público, destinada a garantizar el buen desarrollo de los litigios; por el contrario, los acuerdos de negociación previa y / o conciliación son acuerdos privados para ser tratados como cualquier otro contrato privado. Por tanto, en caso de incumplimiento debe estarse a las reglas generales que regulan el incumplimiento de cualquier otra obligación sustancial. Cf. F. WALTHER, “E-confidence in e-commerce durch Alternative Dispute Resolution”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 7, 2001, p. 755 ss, esp. p. 762.

<sup>85</sup> Por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana apunta a la existencia de un *pactum de non petendo*: una exención temporal del derecho a iniciar procedimientos de arbitraje hasta que la mediación se haya llevado a cabo. V.gr., *First Circuit Court of Appeals*, 13 enero 2003 *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.* [317 F.3d 41,42 (1st Cir. 2003)]. En el caso las partes habían incluido una cláusula que se remitía a la mediación de conformidad con las *Construction Industry Mediation Rules of the American Arbitration Association* indicando que la solicitud de la referida mediación podría realizarse simultáneamente a la presentación de una demanda de arbitraje y, en tal caso, debería esperarse un período de 60 días a partir de la fecha de presentación, a menos que se acordase un plazo más largo por acuerdo de las partes o por mandato judicial un plazo más largo. El Tribunal consideró que “Here, there is no doubt that the parties intended that the duty to arbitrate would not ripen until after the condition precedent of mediation had been satisfied”. Vid. en la misma dirección la Sentencia de la *Court of Appeals* de Texas, 30 octubre 1996, *Weekley Homes Inc. v. Jennings* [936 SW 2d 16, 18 (Tex. App. 1996) <<https://www.courtlistener.com/opinion/2441800/weekley-homes-inc-v-jennings/>>].

- i) Esta es la solución que refleja el Laudo parcial CCI nº 6276 de 1999<sup>86</sup>. En el caso concreto, las partes habían acordado que con anterioridad al arbitraje deberían recurrir a la solución amistosa tras someter la controversia a un ingeniero para su revisión y si una parte no estaba de acuerdo, podría poner en marcha el arbitraje dentro de los 90 días de la decisión del ingeniero. Entablado éste, el tribunal encontró indicios suficientes en el expediente para justificar la conclusión de que el demandante había hecho auténticos esfuerzos con miras a una solución amistosa. En lo que respecta a la segunda condición, el demandante sostuvo que, debido a la finalización de las operaciones y la recepción definitiva de la obra, ya era demasiado tarde para solicitar el nombramiento de un ingeniero. El demandante también alegó que había sido dispensado de este requisito contractual por el hecho de que el acusado le informó por escrito del nombre del ingeniero autorizado para cumplir con esa función de pre-arbitral, pero dicha alegación tampoco fue admitida por el tribunal declarando que el procedimiento ante el ingeniero había sido acordado de manera voluntaria y fijado por las partes mediante reglas precisas y plazos delimitados. Para el tribunal el proceso de pre-arbitral era estrictamente vinculante para las partes y condicionaba su conducta antes de recurrir al arbitraje.
- ii) En la jurisprudencia inglesa se encuentran numerosos precedentes. Puede citarse a título de ejemplo, la Sentencia de la *High Court (Commercial Court)* de 11 octubre 2002 en el asunto *Cable & Wireless/ IBM*, donde el contrato objeto del litigio incluía una cláusula MTDR. Al instar una de las partes el mecanismo del último escalón y oponerse la otra por considerar que el ADR no había finalizado, el Tribunal sostuvo que la cláusula había identificado los procedimientos con mucha claridad y de una manera detallada<sup>87</sup>. Esta opinión favorable a la suspensión fue desarrollada por la Sentencia de la *High Court (Chancery Division)* de 30 julio 2007, que fijó una serie de requisitos para que, en un supuesto similar, la suspensión prosperara<sup>88</sup>, y continuara por otros fallos<sup>89</sup>.
- iii) En Australia, los tribunales están dispuestos en principio a cumplir lo previsto en las cláusulas procediendo a una interpretación favorable al cumplimiento de los escalones inferiores cuando la redacción de la cláusula no está suficientemente clara. Concretamente en el asunto *Hooper Bailie Asociados Ltd v. Grupo NATCON Pty Ltd*. 100 GILES J. (1992) se sostuvo que el acuerdo para mediar debía imponerse<sup>90</sup> y que el procedimiento de arbitraje debía suspenderse hasta que el procedimiento de mediación concluyera.

<sup>86</sup> Vid. los extractos de este laudo en la recopilación de D. JIMÉNEZ FIGUERES, "Multi-Tiered Disputes Resolution Clauses in ICC Arbitration", *ICC Int'l Arbitration Bull.*, vol. 14, nº 13, 2003, pp. 71-88, esp. pp. 76-78 (en adelante "Extracts from ICC Arbitration Awards...").

<sup>87</sup> "There may be cases where the applicant has been guilty of such delay that it would be unfair to impose ADR procedure on the opposite party. That is not this case. There will be no material prejudice to C&W if the ADR procedures now go forward. The probability is that those procedures will be completed in a few weeks which in the context of this litigation would at worst add very little to the period of time required to achieve the resolution of these disputes by litigation having regard to the fact that there would have to be a resolution of the issue as to the validity of the Report [(2007) EWHC 2495 TCC <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2002/2059.html>>]. Vid. E. KAJKOWSKA, "Enforceability of Multi-Step Resolution Clauses...", *loc. cit.*, pp. 163-164.

<sup>88</sup> "It seems to me that considering the above authorities the principles to be derived are that the ADR clause must meet at least the following three requirements: First, that the process must be sufficiently certain in that there should not be the need for an agreement at any stage before matters can proceed. Secondly, the administrative processes for selecting a party to resolve the dispute and to pay that person should also be defined. Thirdly, the process or at least a model of the process should be set out so that the detail of the process is sufficiently certain" [(2007) EWHC 2495 (TCC) (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2007/2495.html>)].

<sup>89</sup> Sentencia de la *High Court* de 3 julio 2012 (*Wah -Aka Alan Tang- & Anor v. Grant Thornton International-al Ltd. and others*), *vid. supra* nota 76.

<sup>90</sup> Para ello se aludió a los siguientes motivos: "what is enforced is not co-operation and consent but participation in a process from which co-operation and consent might come. (...) An agreement to conciliate or mediate is not to be likened ... to an agreement to agree. Nor is it an agreement to negotiate, or negotiate in good faith, perhaps necessarily lacking certainty and obliging a party to act contrary to its interests. Depending upon its express terms and any terms to be implied, it may require of the parties participation in the process by conduct of sufficient certainty for legal recognition of the agreement" [(1992) 28 NSWLR 194].



- iv) La jurisprudencia canadiense deja constancia del empleo cada vez más frecuente de este tipo de cláusulas en los contratos comerciales y su utilidad, tanto para el interés público, como para el interés de las partes en la búsqueda de soluciones eficaces constructivas, oportunas y económicas a sus controversias<sup>91</sup>. En la decisión del Tribunal Supremo de Nueva Escocia de Canadá *Canada (Minister of Transport) v. Marineserve.MG Inc.* (2002)<sup>92</sup>, las partes habían acordado un escalonado en tres cláusulas de resolución de disputas, que requiere: (i) negociaciones de buena fe entre los individuos de alto nivel de cada parte con autoridad para la toma de decisiones; (ii) la mediación, si dentro de diez días de la reunión de las partes no habían podido resolver el conflicto; y (iii) en última instancia, el arbitraje, si el proceso de mediación no tuvo éxito. Sin embargo una de las partes entabló un procedimiento judicial, mientras que la otra consideraba que no había agotado el primero de los escalones. El tribunal consideró que las partes debían seguir el camino trazado por su propia elección (“*follow the path of their own choosing*”) y que, por tanto, la cláusula debía cumplirse en su totalidad, incluyendo la fase de negociación.
- iv) Entre los casos más relevantes de la prevalencia de lo pactado en los escalones inferiores están, en la jurisprudencia china, los asuntos de *Pepsi Cola* (2008)<sup>93</sup>. Dos laudos arbitrales dictados por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo –laudo n° SCC 76 (2002) y laudo n° 111 (2003)– fallaron a favor de la entidad Pepsi Cola contra dos empresas conjuntas chinas en un litigio que versaba sobre un contrato de licencia. Entablado en China el correspondiente procedimiento de ejecución al amparo de la Convención de Nueva York de 1958, el Tribunal Popular Intermedio de Chengdu (Sichuan) denegó el reconocimiento y subsiguiente ejecución de los laudos alegando que debía prosperar la causal del art. V.1° a), toda vez que la cláusula incorporada por las partes al contrato establecía una negociación previa presidida por el gobierno local durante un periodo de 90 días. El tribunal verificó que las partes no habían llevado a cabo la referida negociación y, en consecuencia, al poner en marcha el arbitraje habían incumplido la cláusula y el tribunal no debía haber admitido las solicitudes de arbitraje<sup>94</sup>.
- v) El asunto enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 16 marzo 2016<sup>95</sup> es sumamente expresivo de esta interacción. En una controversia entre dos empresas implicadas en la investigación y explotación de yacimientos de petróleo se había pactado una cláusula que preveía dos momentos para la resolución de la misma. Una conciliación, de acuerdo con el Reglamento ADR de la CCI, y fracasada ésta, un arbitraje de acuerdo con el Reglamento UNCITRAL. Surgida la controversia una de las partes recabó la conciliación ante la CCI, nombrándose el correspondiente conciliador. No obstante, tras una serie de conferencias telefónicas, la otra parte consideró que la misma había fracasado y procedió a remitir a la primera una solicitud de arbitraje. Constituido el tribunal arbitral, tras admitir la demanda, se apresuró a rechazar la incompetencia de jurisdicción al estimar que la tentativa de conciliación había tenido lugar. Semejante solución fue recurrida ante el Tribunal Federal, que ordenó la suspensión del proceso arbitral para permitir la conciliación acordada contractualmente con antelación al arbitraje. Dicho Tribunal interpretó, frente a las tesis de la demandante arbitral sustentada en un eventual abuso del derecho, que la cláusula contractual

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Ontario de 16 julio 1998 [(1998) O.J. No. 2965, párrafo 45 (<https://cases.legal/en/act-ca1-571035.html>)], en el asunto *Toronto Truck Centre Ltd. v. Volvo Trucks Canada Inc./Camions Volvo Canada Inc.*

<sup>92</sup> [(2002) N.S.J. No. 256, párrafo 30]. *Vid.* en la misma dirección la Sentencia del Tribunal Supremo de Ontario citada en la nota anterior.

<sup>93</sup> *PepsiCo Inc. v. Sichuan Pepsi-Cola Beverage Co., Ltd.* [Cheng Min Chu Zi (2008) No. 912, Chengdu IPC 30 abril 2008]; y *PepsiCo Investment Ltd v. Sichuan Province Yun Lu Industrial Co., Ltd* Cheng Min Chu Zi (2008) No.36, Chengdu IPC 30 abril 2008]. *Vid.* G. PISACANE, L. MURPHY y C. ZHANG, *Arbitration in China. Rules & Perspectives*, Singapur, Springer, p.40.

<sup>94</sup> Un planteamiento similar figura en una decisión de 18 octubre 2013 de la *Singapore Court*, en el asunto *International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd* [(2013) 1 SLR 973, párrafo 40 (<http://www.singaporelaw.sg/sglaw/images/ArbitrationCases/2014%201%20SLR%20130.pdf>)], al afirmar que este tipo de cláusulas son “*in the public interest as they promote the consensual disposition of any potential disputes*”.

<sup>95</sup> <http://www.juricaf.org/arret/SUISSE-TRIBUNALFEDERALSUISSE-20160316-4A6282015>.

condicionaba la validez del arbitraje UNCITRAL a la obligación de hacer un intento previo de conciliación por el Reglamento ADR y que la demandante no había cumplido con la pre-conciliación obligatoria. En consecuencia decidió suspender el arbitraje, ordenando al tribunal arbitral establecer una fecha límite para que las partes procediesen a la conciliación; sin embargo, no consideró oportuna una sanción en forma de daños por el alargamiento de la duración y el costo del procedimiento.

### 3. Cumplimiento de buena fe

29. La propia Ley Modelo Uncitral de Conciliación internacional de 2002 favorece la ejecutabilidad de los acuerdos de conciliación para que, cuando se han llevado a cabo, las partes se abstengan de iniciar un procedimiento arbitral o judicial durante un período determinado de tiempo o hasta que se produzca un evento especificado. De acuerdo con su art. 13 que

“Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta”.

Aplicando estas directrices a las MTDRC, en la medida en que las partes no utilicen con corrección los mecanismos en ella contemplados, la intervención con carácter de cierre del tribunal arbitral tendrá como resultado no sólo la pérdida de las ventajas inherentes a la cláusula, sino el aumento del tiempo en la resolución de la controversia y el incremento de los costes. Esto ocurrirá cuando se argumente, de un lado, que se renunció a la puesta en marcha de un determinado escalón, o que la cláusula fue revocada o modificada y, de otro lado, que ésta no es aplicable a la controversia por cualquier circunstancia.

30. La práctica demuestra que con mucha frecuencia la parte ha puesto en marcha el litigio judicial o arbitral antes de tiempo, ha omitido uno o más pasos requeridos por la cláusula.

- i) En caso de la CCI 8462 de 1997<sup>96</sup> la cláusula de arbitraje establecía una primera etapa de negociación (“*les parties chercheront une solution à l’amiable*”) y, si después de 30 días no se podía llegar a un acuerdo, la controversia sería sometida a arbitraje. Cuando el demandante presentó la solicitud de arbitraje, el demandado se opuso alegando que el demandante no le había notificado al demandado acerca de las cuestiones precisas que se someterían a arbitraje y que no había tenido oportunidad de alcanzar una solución amistosa. Esta pretensión fue rechazada considerando el tribunal que había suficientes indicios para concluir que el demandante había hecho esfuerzos para cumplir con la obligación de negociación de primer nivel y por lo tanto tenía competencia sobre el litigio. En definitiva, será factible entablar un procedimiento judicial o arbitral cuando una de las partes se mantuviera pasiva u obstaculizara la puesta en práctica del mecanismo contemplado en el escalón inferior.
- ii) También la jurisprudencia china muestra ejemplos contrarios a la prevalencia de lo pactado para los escalones inferiores. En el asunto *Runhe* (2008), la parte perdedora en un arbitraje administrado por la *South China International Economic and Trade Arbitration Commission* alegó ante un tribunal chino que la cláusula no había sido bien observada. Sin embargo el tribunal consideró que el grado de cumplimiento de una “negociación amistosa” era muy difícil de definir y el hecho de que una de las partes instara el arbitraje era una prueba elocuente de que tribunal arbitral estaba facultado para admitir la solicitud y para considerar

<sup>96</sup> “Extracts from ICC Arbitration Awards...”, *loc. cit.*, pp. 82-83.

no ejecutable lo previsto en el primer escalón de la cláusula<sup>97</sup>. Una tendencia similar se observa en la jurisprudencia danesa, que se ha decantado por permitir a las partes iniciar el litigio jurisdiccional, a pesar de la existencia de una cláusula que imponía como escalón previo un mecanismo de mediación. El Tribunal Marítimo y Comercial de Copenhague (SH2015.H-0041-10) descartó la excepción de incompetencia e, incluso a suspender el procedimiento haciendo prevalecer la acción interpuesta por el demandante frente al contenido de la cláusula<sup>98</sup>.

**31.** Las partes deben cumplir lo estipulado de buena fe. Como pusiera de relieve Lord Mustill en el asunto del *Channel Tunnel* (1993), aquellos que redactan acuerdos para la solución de controversias deben justificar una buena causa para apartarse de ellos<sup>99</sup>. En el caso de que la aplicación literal de la cláusula pueda poner en peligro derechos legítimos de las partes (*v.gr.*, la solicitud de medidas cautelares, situaciones de litispendencia o evitar la expiración de un plazo de prescripción), el recurso por parte de éstas al procedimiento judicial o al arbitral debe realizarse siempre de buena fe y no deberá interpretarse como una renuncia a los mecanismos previstos en los escalones anteriores<sup>100</sup>. En fallo en cuestión ejerció una notable influencia en la jurisprudencia inglesa al respetar el proceso iniciado ante el ADR y suspender su intervención hasta que dicho proceso se hubiera agotado sin resultado satisfactorio. Ello se reflejó en la redacción de la Sección 9 (2) de la Ley de arbitraje inglesa de 1996: “*An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures*”.

En el caso de que la cláusula carezca de la necesaria certeza, las partes deberán interpretarla de manera flexible adaptándola a las circunstancias concretas del litigio. En el laudo CCI n° 9977 de 1999<sup>101</sup> el árbitro único tuvo que decidir si las partes habían cumplido sus obligaciones en el primer escalón, consistente en someter la controversia a los representantes de alta dirección de las partes para que alcanzasen a una solución amistosa dentro de los catorce días naturales después de la presentación. No obstante, el demandado en el proceso arbitral argumentó que en las reuniones únicamente habían acudido los representantes legales de las partes y no los representantes de alta dirección. El árbitro consideró que la alegación de la demandada había sido posterior a los hechos y que se debería haber planteado en el momento de las negociaciones y al efecto afirmó, que la puesta en práctica de fase previa del arbitraje implica una actitud de las partes inspirada en el verdadero y honesto propósito de llegar a un acuerdo; por esa razón si una de las partes considera de buena fe que la otra no está comprometida en fomentar las posibilidades de solución, debe manifestarlo durante el proceso.

## V. Consideraciones finales

**32.** El éxito de los procedimientos distintos de los que practican la confrontación directa entre las partes, es una muestra de su validez en el Derecho de los negocios internacionales. Y este éxito se extiende a los métodos escalonados de arreglo de controversias previstos en las cláusulas MTDRC fuera de los círculos anglosajones, donde se han originado, mostrando la aceptación de una nueva cultura en este sector que ha vencido las reservas mostradas durante bastante tiempo por ciertos medios defensores de la “ortodoxia arbitral”. A ello se une que tanto en los países del *common law* como en los países de

<sup>97</sup> L. CHEN, “China”, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, IBA Litigation Committee, *loc cit.*, p. 44.

<sup>98</sup> D. TERKILDSEN, “Denmark”, *ibid.*, p. 60.

<sup>99</sup> “*Those who make agreements for the resolution of disputes must show good cause for departing from them... Having promised to take their complaints to the experts and if necessary to the arbitrators, this is where the appellants should go. The fact that the appellants now find their chosen method too slow to suit their purposes is to my way of thinking quite beside the point* [Channel Group v. Balfour Beatty Ltd. (1993) Adj.L.R. 01/21, párrafo 52 ([http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdjudicationLaw Reports/ Channel%20Tunnel%20v%20Balfour%20Beatty%201993.pdf](http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdjudicationLaw%20Reports/Channel%20Tunnel%20v%20Balfour%20Beatty%201993.pdf))]. *Vid.* W.W. Park, “Lord Mustill and the Channel Tunnel Case”, Boston University School of Law, Public Law & Legal Theory Paper No. 15-25, 30 junio 2015, <<http://ssrn.com/abstract=2625036>, o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2625036>>.

<sup>100</sup> F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “Mecanismos alternativos de solución de controversias...”, *loc. cit.*, p. 57.

<sup>101</sup> “Extracts from ICC Arbitration Awards...”, *loc. cit.*, pp. 84-85.

Derecho civil, los tribunales parecen ser cada vez más conscientes de la importancia de apoyar los ADR y por lo tanto la conveniencia de hacer cumplir las cláusulas MTDR. Una consciencia que choca a veces con opiniones discutibles acerca de la interpretación de dichas cláusulas cuando éstas carezcan de la claridad necesaria.

Debido a los diversos requisitos para la aplicación de este tipo de cláusulas en las distintas legislaciones nacionales, su empleo amerita que sean redactadas con claridad, que estén suficientemente detalladas y que utilicen unos términos donde se desprenda la voluntad inequívoca de las partes de agotar los sucesivos escalones que incorporen. Estos caracteres pueden ir acompañados, en determinadas circunstancias, de una indicación en torno a las consecuencias del incumplimiento de dicha etapa anterior, si una de las partes pasa unilateralmente al escalón superior.

**33.** El aumento de las alternativas al arbitraje y a la jurisdicción, la proliferación de escalones y la sofisticación de los mecanismos establecidos en cada uno de ellos entraña el peligro de contribuir a lo que precisamente se pretende evitar: soluciones demasiado dilatadas en el tiempo, caracterizadas por una cada vez mayor “judicialización” y por su coste excesivo.

Habida cuenta de que el objetivo final de estas cláusulas para acudir al árbitro (o eventualmente al juez) está condicionado temporalmente por la puesta en marcha con carácter vinculante de uno o varios ADR, resulta aconsejable que la duración de esta etapa o etapas previas, a partir de plazos razonables que no conduzcan a maniobras dilatorias, quede definida de manera inequívoca y precisar cuando finaliza o finalizan. También resulta aconsejable que incluya referencias tales como el funcionamiento del proceso de negociación, las personas autorizadas a conducir las negociaciones, la descripción de la forma de dichas negociaciones y, sobre todo, los requisitos para que se produzca el tránsito a una nueva fase del litigio. Existen, además, otras especificaciones de mayor sofisticación como la previsión de que en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la MTDR, se establezca la necesidad de pagar los costes derivados de tal incumplimiento. En cualquier caso, dado que las condiciones para satisfacer los primeros escalones de la cláusula, sobre todo el primero, no acostumbran a ser especialmente gravosas para los potenciales reclamantes, resulta aconsejable el tenor de la misma, para evitar que el asunto derive en un arbitraje tradicional y se diluyan sus ventajas.

Los efectos del incumplimiento de las primeras etapas de una MTDR que no puede subsanarse con posterioridad, deben ser analizados por separado y caso por caso.

ASPECTOS PROCESALES DE LAS ACCIONES DE DAÑOS  
DERIVADOS DE INFRACCIONES DE LAS NORMAS SOBRE  
DEFENSA DE LA COMPETENCIA: APUNTES A LA LUZ  
DE LA DIRECTIVA 2014/104 Y DE LA PROPUESTA DE LEY  
DE TRANSPOSICIÓN

PROCEDURAL ISSUES OF ANTITRUST DAMAGES CLAIMS:  
SOME NOTES IN THE LIGHT OF THE 2014 DIRECTIVE  
AND THE PROPOSAL FOR ITS TRANSPOSITION INTO  
THE SPANISH LEGAL SYSTEM

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI  
*Catedrático de Derecho Procesal*  
*Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 15.01.2017 / Aceptado: 24.01.2017  
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3616>

**Resumen:** Este trabajo se centra en algunos aspectos procesales que suscita el ejercicio de acciones en reclamación de daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia, analizando el modo en que los abordan la Directiva 2014/104/UE y la propuesta de ley de 2015 para su transposición al ordenamiento español. En primer término se tratan determinadas cuestiones relativas a la jurisdicción y la competencia. Se constata seguidamente el reducido margen de maniobra en esta materia que ofrece el vigente sistema legal de acciones colectivas. La atención se dirige, después, a las cuestiones de índole probatoria, con especial énfasis en el sistema de acceso a las fuentes de prueba en poder de la parte contraria o de terceros (especialmente las autoridades nacionales de competencia). Por último, se analizan las herramientas que permiten coordinar el proceso civil con otros procesos civiles y también, de forma especial, con el procedimiento sancionador tramitado por la autoridad de competencia.

**Palabras clave:** acciones de daños por infracción de normas de competencia, Directiva 2014/104/UE, aplicación privada del Derecho de la competencia, acceso a fuentes de prueba, eficacia vinculante de las resoluciones de autoridades nacionales de competencia, armonización legislativa, acciones colectivas, prueba del daño, *amicus curiae*.

**Abstract:** This paper focuses on some procedural issues associated to antitrust damages claims and analyses the way they are addressed by the Directive 2014/104/EU and the 2015 proposed draft act to implement it in the Spanish legal system. After considering some jurisdiction issues and the (reduced) margin left to collective redress mechanisms, the author focuses on two specific issues: on the one hand, evidential matters, with specific consideration to the means to get access to information and evidence in the possession of the counterparty or of a non-party; on the other hand, the need to deal with the interaction of judicial proceedings, also with public enforcement proceedings led by competition authorities.

**Keywords:** antitrust damages claims, Directive 2014/104/EU, private enforcement of competition law, access to information and evidence, binding effect of national competition authorities' decisions, legal harmonization, collective claims, proof of damage, *amicus curiae*.

---

\* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación "La armonización del proceso civil en la Unión Europea" (DER2015-64756-P), financiado por el MINECO.

**Sumario:** I. Introducción. II. Cuestiones en relación con la determinación del tribunal competente. III. Cuestiones en relación con la legitimación activa. 1. La posibilidad de ejercicio de acciones colectivas. 2. La acumulación de pretensiones por parte de empresarios perjudicados y la transmisión onerosa del crédito indemnizatorio. IV. Problemas en relación con la determinación de los hechos y con la prueba. 1. Facilitaciones probatorias. A) Presunciones legales. B) La prueba de la cuantía de los daños. a) La estimación del importe de los daños. b) El asesoramiento de las autoridades nacionales de competencia. C) La determinación de la ilicitud de la conducta en acciones consecutivas. 2. Acceso a fuentes de prueba en poder del contrario y de terceros. A) La propuesta de incorporación de las reglas de la Directiva a través de la introducción generalizada de medidas de acceso a fuentes de prueba en el proceso civil español. B) Las reglas especiales sobre acceso a fuentes de prueba respecto de acciones de daños en materia de defensa de la competencia. a) Sistema general. b) Reglas especiales en relación con las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad nacional de competencia. V. La coordinación de procesos judiciales entre sí y con procedimientos sancionadores a cargo de autoridades nacionales de competencia. 1. Coordinación entre proceso judicial y expediente administrativo sancionador. 2. Coordinación entre procesos judiciales.

## I. Introducción

1. La aplicación privada del Derecho de la competencia no es a estas alturas ninguna novedad. Incluso cuando el marco normativo no era singularmente explícito en este punto, ni a nivel europeo ni a nivel nacional, el Tribunal de Justicia de la UE dejó bien claro en los asuntos *Courage* y *Manfredi* que resulta siempre posible que quien se ha visto perjudicado por conductas contrarias a las normas sobre competencia reclame una indemnización de los daños que aquéllas le hayan irrogado.<sup>1</sup> Se trata, de hecho, de un elemento que el propio TJUE consideró clave para dotar de plena eficacia al sistema general de tutela de la competencia, que se vería en entredicho “si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia”.<sup>2</sup>

2. En defecto de pactos y acuerdos, una parte sustancial del *private enforcement* del Derecho de la competencia se ha de materializar a través de procesos civiles en que se ejerciten acciones de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por conductas susceptibles de calificarse –*lato sensu*– como abusos de posición dominante o como pactos colusorios (cárteles).<sup>3</sup> De hecho, durante mucho tiempo, tanto nuestro legislador interno como el legislador europeo han asumido que habrá de tratarse de procesos civiles ordinarios –en el sentido coloquial del término, equivalente a “normales y corrientes”–, sin singulares especialidades en atención a la materia sobre la que versan o a las dificultades intrínsecas que la práctica haya puesto de manifiesto (o que pudieran vaticinarse).<sup>4</sup>

3. En nuestro ordenamiento el ejercicio de estas acciones ha sido siempre posible: el artículo 6 de la Ley de 1963 y el artículo 13.2 de la Ley de 1989, sin embargo, establecían un requisito procesal singular, consistente en que ya hubiera concluido en firme el procedimiento sancionador en que se hubiera declarado la comisión de una práctica prohibida.<sup>5</sup> Su ámbito, por tanto, se hallaba restringido a las

<sup>1</sup> STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, *Rec.* 2001, p. I-06297, especialmente en los apartados 24 y siguientes); STJUE de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Rec.* 2006, p. I-06619, (cfr. en especial los apartados 39, 58 a 64 y 95). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que con anterioridad a estas resoluciones, el TJUE ya había reconocido eficacia horizontal a las normas sobre defensa de la competencia en varias ocasiones (cfr., entre otras, STJUE de 30 de enero de 1974, *BRT I*, 127/73, *Rec.* 1974, p. 00035, apartado 16; STJUE de 18 de marzo de 1997, *Guérin automobiles/Comisión*, C-282/95 P, *Rec.* 1997, p. I-01503, apartado 39).

<sup>2</sup> STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, *Rec.* 2001, p. I-06297, apartado 26.

<sup>3</sup> Aunque no exclusivamente: también son posibles acciones de nulidad contractual al amparo de lo establecido en los artículos 101.2 TFUE y 1.2 LDC.

<sup>4</sup> La Sentencia *Manfredi* reconoció que, ante la inexistencia de normativa comunitaria en esta materia, correspondía a los ordenamientos nacionales definir el régimen procesal de los instrumentos para dar aplicación a la eficacia directa de las normas europeas de competencia (cfr. apartados 62 y 64).

<sup>5</sup> En concreto, el artículo 6 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia

reclamaciones y a las acciones de tipo consecutivo o *follow-on*. Esta exigencia desapareció con la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC, en lo sucesivo). Es cierto que suprimiendo esta limitación se facilitó la aplicación privada del Derecho de la competencia, al abrir las puertas a acciones de carácter independiente o *stand alone*; sin embargo, salvando este dato, que legalmente se tradujo realmente en una omisión, la atención expresa que recibieron las acciones de daños por parte del legislador fue mínima:<sup>6</sup> de hecho, lo único que se hizo en este punto fue modificar el artículo 86 ter 2 f) de la LOPJ –para atribuir competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil también para la aplicación de lo dispuesto en los nuevos artículos 1 y 2– y dar efectividad a algunas exigencias del Reglamento 1/2003, destinadas a permitir la intervención de las autoridades de defensa de la competencia en este tipo de procesos y hacer posible una mínima coordinación entre los procesos judiciales civiles y los procedimientos administrativos sancionadores tramitados por las autoridades de defensa de la competencia.<sup>7</sup> Pero lo cierto es que no se incorporaron entonces especialidades sustantivas o procesales realmente significativas.

4. Abordar la litigación privada en materia de Derecho de la competencia con las reglas comunes del proceso civil, sin embargo, no parece haber conducido a resultados destacables en la práctica: no han sido muchos los litigios –al menos en España, aunque se aprecie un claro incremento–<sup>8</sup> y siguen siendo numerosas las dificultades reales que, sin duda, pueden tener alcance disuasorio para potenciales demandantes.<sup>9</sup>

5. La Unión Europea ha sido consciente de esto desde hace ya bastante tiempo; al menos, desde 2005, cuando lanzó el Libro Verde sobre esta materia<sup>10</sup>, que desembocó, a su vez en el Libro Blanco de 2008<sup>11</sup> y en la Propuesta de Directiva de 2013.<sup>12</sup> Las autoridades europeas constataron desde el principio que era necesario dotar de un régimen jurídico especial a las acciones de daños por infracciones a las reglas sobre competencia, tanto en el plano sustantivo, como en el procesal.<sup>13</sup> En lo sustantivo, porque la aplicación de las reglas comunes sobre responsabilidad civil extracontractual puede ser insuficiente para abordar adecuadamente problemas como los que generan la repercusión de sobrecostes, la responsabilidad solidaria de los partícipes de un cártel o el plazo de prescripción. Y en lo procesal, porque se trata por definición de procesos que se integran en un contexto de “litigación compleja” y que, en todo caso,

---

establecía, bajo la rúbrica “Acción de resarcimiento”, lo siguiente: “Los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal.” Y, por su parte, el artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, lo precisaba algo más: “La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles.”

<sup>6</sup> Así lo puso de manifiesto con agudeza I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia – Libro marrón del Círculo de Empresarios*, Madrid, 2008, pp. 53-74, p. 59: “(...) al “private enforcement” del Derecho de la competencia sólo se dedican el párrafo antepenúltimo y penúltimo de la exposición de motivos y las disposiciones adicionales primera y segunda”.

<sup>7</sup> A través de la introducción en la LEC de un nuevo artículo 15 bis y de la adición de nuevos párrafos o apartados en los artículos 212.3, 404, 434.3 y 461.5.

<sup>8</sup> Cfr. F. MARCOS FERNÁNDEZ, “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *ICE-Información Comercial Española*, n.º 876, enero-febrero 2014, pp. 91-104, que contabiliza 323 casos (desde la aprobación de la Ley 110/1963 hasta mediados de 2012).

<sup>9</sup> Cfr., nuevamente, I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “Sobre algunas dificultades...”, cit., pp. 60 y ss., que las condensa en las siguientes: procedimientos simultáneos, ineficacia de las acciones colectivas, clemencia y responsabilidad por daños, la prueba del ilícito y la prueba del daño.

<sup>10</sup> Libro Verde - Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 19 de diciembre de 2005 [SEC(2005) 1732; Documento COM/2005/0672 final].

<sup>11</sup> Libro Blanco - Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 2 de abril de 2008 [Documento COM(2008) 165 final].

<sup>12</sup> Propuesta de Directiva de 11 de junio de 2013 [COM(2013) 404 final].

<sup>13</sup> De hecho, la propia Unión Europea, como es bien sabido, interpuso una demanda civil ante un tribunal belga en reclamación de los daños padecidos como consecuencia del cártel de los ascensores y escaleras mecánicas (y que desembocó, ante el planteamiento de cuestión prejudicial, en la STJUE de 6 de noviembre de 2012, C-199/11, *Otis*).

presentan singulares dificultades en el terreno de la determinación de los hechos y de la coordinación con procedimientos administrativos y/o judiciales conexos.

6. El esfuerzo de las instituciones europeas por afrontar ambas cuestiones acabó cristalizando, como es bien sabido, en la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea<sup>14</sup>. El propósito de la Directiva es dar cobertura a varias de las necesidades de regulación especial que, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, plantea un ejercicio eficaz de las acciones de daños en este ámbito; con ello, se aspira también a dar cumplimiento al principio europeo de máxima eficacia de la normativa de defensa de la competencia, eficacia a la que puede contribuir claramente un ejercicio efectivo de estas acciones.

7. La incorporación de la Directiva a los ordenamientos nacionales debería haberse realizado a más tardar el 27 de diciembre de 2016, aunque también en este caso parece que el incumplimiento será la regla y, desde luego, lo será en el caso de nuestro país, aunque no tendría por qué haber sido necesariamente así.<sup>15</sup> En efecto, en febrero de 2015 se constituyó una sección especial, dentro de la Comisión General de Codificación, para la trasposición de la Directiva,<sup>16</sup> que presentó en noviembre de ese mismo año una propuesta de ley a tal fin —y a la que se dio difusión el 15 de enero de 2016—.<sup>17</sup> El prolongado periodo de parálisis política y parlamentaria experimentado a partir de ese momento ha determinado la imposibilidad de aprobar la norma correspondiente y, de hecho, en el momento de escribir estas páginas, ni siquiera puede sostenerse con seguridad si una futura iniciativa parlamentaria en este ámbito tomará como punto de partida el texto de la propuesta de 2015. Sea como fuere, el objetivo de estas páginas

<sup>14</sup> DO L 349, de 5 de diciembre de 2014, pp. 1-19. La doctrina generada en torno a los primeros proyectos y a la versión definitiva de la Directiva comienza a ser más que destacable. En nuestro país, entre otros, cfr. J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia”, *InDret* 3/2009; H. BROKELMANN, “La Directiva de daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo* 37 (2015); P. CALLOL / M. YUSTE, “La directiva comunitaria sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Principales novedades y potencial incidencia en el ordenamiento jurídico español”, en M.A. RECUERDA GIRELA (coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario 2015*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 297-315; A.L. CALVO CARAVACA / J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 114-157; A. FONT I RIBAS / B. VILÀ COSTA (dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2012; C. HERRERO SUÁREZ, “La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 150-183; J. JIMÉNEZ-LAIGLESIA / J. MASÍA TEJEDOR, “Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 30, 2012, pp. 26-39; D. ORDOÑEZ SOLÍS, “La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España”, *ElDerecho.com* (1 de enero de 2015); S. OROMÍ VALL-LLOBERA, “El ejercicio de acciones de responsabilidad civil por los perjudicados en materia de derecho de la competencia. Aspectos procesales”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, XXVIII, 2016-1, pp. 101-115; I. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, Madrid, 2011; M. PEDRAZ CALVO / D. ORDÓÑEZ SOLÍS (coords.), *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber amicorum en Homenaje a Santiago Martínez Lage*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014; J.I. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016; I. SANCHO GARGALLO, “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret* 1/2009; M.V. TORRE SUSTAETA, *La aplicación del Derecho de la competencia en Europa. Intereses en juego y vías de tutela*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; Id., *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia. La tutela procesal del Derecho de la competencia en el plano nacional español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

<sup>15</sup> A 23 de enero de 2017, desde luego, sólo habían aprobado la normativa de trasposición necesaria Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Hungría, Letonia, Luxemburgo y Suecia, según la información facilitada en esa fecha por la propia Comisión en la web [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html).

<sup>16</sup> Orden de 16 de febrero de 2015, por la que se constituye una sección especial para la trasposición de la directiva 2014/104/UE, sobre la regulación de las acciones por daños en virtud de derecho nacional y por infracciones del derecho de la competencia (accesible en la página web del Ministerio de Justicia, <http://www.mjusticia.gob.es/>).

<sup>17</sup> Propuesta de Ley de la Sección Especial para la Trasposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014. (también accesible en la página web del Ministerio de Justicia, <http://www.mjusticia.gob.es/>)



consiste en identificar los principales problemas de índole procesal que suscita un ejercicio eficaz de las acciones de daños en materia de Derecho de la competencia y en verificar hasta qué punto la Directiva –y la propuesta de ley de 2015– aportan soluciones realmente útiles.

## II. Cuestiones en relación con la determinación del tribunal competente

8. Las acciones por daños derivados de infracciones a las normas sobre defensa de la competencia revisten una complejidad suficiente como para justificar que su enjuiciamiento pueda ser atribuido a tribunales especializados. Aunque se trata de una cuestión en la que la Directiva no entra –no podría, dada la ausencia de competencia de las instituciones europeas para incidir en la organización jurisdiccional interna de los Estados miembros–, lo cierto es que en nuestro ordenamiento este postulado se ha asumido sin dificultad y se ha traducido en la atribución de la competencia objetiva para conocer de estos procesos a los Juzgados de lo Mercantil, a través del artículo 86 ter 2 f) LOPJ y de la D.A. 1ª LDC.<sup>18</sup> En efecto, el primero de ellos encomienda a estos tribunales la competencia para conocer de los “procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia”<sup>19</sup>; y la segunda, por su parte, señala que “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley”.<sup>20</sup>

9. Siendo muy rigoristas, cabría cuestionar si las acciones de daños tienen su fundamento jurídico en las normas generales sobre responsabilidad civil extracontractual del Código civil y no, de forma directa, en la LDC o en el TFUE: semejante visión podría usarse, tal vez, para justificar que los procesos para el ejercicio de este tipo de acciones no se hallan cubiertos por el tenor literal del artículo 86 ter 2 f) LOPJ, de modo que su enjuiciamiento debería corresponder a los Juzgados de Primera Instancia, especialmente en las demandas de tipo *follow-on*, en las que el tribunal del orden civil no tiene por qué pronunciarse acerca de la existencia de una infracción a la normativa de defensa de la competencia.<sup>21</sup> Aunque la duda parece haberse suscitado en alguna ocasión en el foro,<sup>22</sup> se trata a mi entender de una interpretación incorrecta. *De lege lata*, porque privaría virtualmente de sentido al precepto: ¿qué otras

<sup>18</sup> También I. SANCHO GARGALLO, “Ejercicio privado...”, cit., pp. 19-20; L. CABALLO ANGELATS, “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en A. FONT I RIBAS / B. VILÀ COSTA (dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, cit., pp. 11-43, p. 17; E. OLMEDO PERALTA, “La reclamación de daños sufridos por los consumidores como consecuencia de un cartel (*private enforcement*): *follow-on damages* vs. *stand alone actions*”, en L.M. MIRANDA SERRANO (dir.), J. PAGADOR LÓPEZ / M. PINO ABAD (coords.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Lustel, Madrid, 2015, pp. 171-187, p. 172; y V. TORRE SUSTAETA, *Daños y perjuicios...*, cit., pp. 58-59.

<sup>19</sup> Es importante subrayar que la inclusión de esta materia en el ámbito competencial de los Juzgados de lo Mercantil se estableció desde el inicio mismo de la creación de estos órganos jurisdiccionales. La versión inicial del precepto, introducida por el artículo 2.7 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (para adaptar la LOPJ a la Ley Concursal) se limitaba a atribuir competencia a los Juzgados de lo Mercantil para conocer “De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado”. La versión vigente se introdujo, es cierto, con ocasión de la aprobación de la LDC, pero a través de un texto normativo un tanto insólito, la D.F. 1ª de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

<sup>20</sup> En cualquier caso, resulta llamativo que, a pesar del tiempo transcurrido, y de las numerosas reformas experimentadas por la LOPJ desde la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el precepto siga haciendo referencia a los ya derogados artículos 81 y 82 TCE, en vez de a los vigentes artículos 101 y 102 TFUE; por desgracia, el legislador nos tiene acostumbrados a desatenciones de este tipo.

<sup>21</sup> Cfr. A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ / J. RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ, “La aplicación del Derecho de la competencia por el juez civil español: de unos inicios dubitativos a ¿un futuro prometedor?”, en M. PEDRAZ CALVO / D. ORDÓÑEZ SOLÍS (dirs.), *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España*, cit., pp. 413-418.

<sup>22</sup> Es cierto que los asuntos que desembocaron en las dos sentencias dictadas hasta la fecha por la Sala 1ª del Tribunal Supremo (SSTS de 7 de noviembre de 2013 y de 9 de enero de 2015) comenzaron ante Juzgados de Primera Instancia; pero la interposición de la demanda fue anterior a la entrada en vigor de la LDC de 2007 y a la reforma del artículo 86 ter 2 f) LOPJ.

acciones –si no son éstas– cabe imaginar que se ejerciten ante tribunales del orden civil en aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia? Pensar que el legislador no ha querido incluirlas, o que sólo pensaba en acciones *stand alone* y/o que sólo pensaba en acciones de nulidad de contratos por infracción de lo dispuesto en las normas en cuestión es ilógico, máxime cuando el precepto se reformó en 2007, precisamente con ocasión de la aprobación de la LDC que abría la puerta al ejercicio directo, no consecutivo, de este tipo de acciones –equiparándolas, pues–. De cara al futuro, la atribución de esta clase de pretensiones al ámbito de especialización de los Juzgados de lo Mercantil será aún más indudable si, como se hace en la propuesta de 2015, se incluyen en el texto de la LDC las especialidades sustantivas introducidas por la Directiva.

**10.** ¿Sería deseable una mayor especialización, más allá de la atribución de estos litigios a los Juzgados de lo Mercantil? Cabría pensar, por ejemplo, en seguir el modelo de la Ley de Patentes<sup>23</sup> como forma de reducir aún más el círculo de posibles juzgadores –que, en consecuencia, podrían estar aún más especializados–, de modo que el enjuiciamiento de estos asuntos correspondiera a los Juzgados de lo Mercantil de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma: si el legislador optara por este mecanismo, podrían acabar siendo, a lo sumo, 17 los Juzgados de lo Mercantil que conocerían de estos procesos; no parece, sin embargo, que esté en preparación modificación legislativa alguna en este sentido. Una opción más sencilla, que no requiere reforma legal, consiste en servirse a tal fin de las normas de reparto entre Juzgados de lo Mercantil, en las provincias donde haya varios: así parece estar sucediendo, de hecho. Conviene advertir, no obstante, que la concentración de la competencia para el enjuiciamiento de procesos de cuantía potencialmente muy elevada y de consecuencias económicas relevantes en unos pocos juzgadores también presenta inconvenientes, de índole más sociológica o humana que jurídica, pero que no deben desdeñarse.

**11.** En un plano diverso, el de los criterios de atribución de competencia internacional, debe contarse en primer término con la regla general, que es el fuero del domicilio del demandado (art. 4 RB I bis; art. 22 ter LOPJ). En caso de que sean varios los demandados –situación imaginable con facilidad en supuestos de daños derivados de cártel, especialmente si las empresas implicadas tienen sus respectivas sedes en Estados diferentes–, podrá el demandante interponer su demanda ante los tribunales del Estado donde esté domiciliado cualquiera de ellos, lo que le permitirá, claro está, optar por aquél que le resulte *a priori* más favorable. Se abre la puerta con ello a un *forum shopping* que no es fácil evitar y que puede, de hecho, dar lugar a situaciones delicadas, como la que le fue suscitada recientemente al TJUE en el asunto *CDC Hydrogen Peroxide*,<sup>24</sup> en que la demanda se interpuso ante tribunales alemanes por estar domiciliada en ese Estado uno de las varias empresas cartelizadas demandadas, aunque con posterioridad, una vez producida la *perpetuatio iurisdictionis*, la actora renunció a su acción frente a esa entidad (pero dejando sujetas a las demás a la jurisdicción de los tribunales alemanes).

**12.** Ahora bien, por razón de la materia, en el plano internacional es posible también la aplicación de un fuero especial, el del lugar de producción del hecho dañoso [art. 7.2 RB I bis; art. 22 quinquies b) LOPJ]. La aplicación de este fuero especial al ámbito de las acciones de daños en materia de competencia también se ha suscitado en el asunto *CDC Hydrogen Peroxide*.<sup>25</sup> El TJUE parte de la premisa de que estas acciones son acciones por responsabilidad civil extracontractual (materia delictual o cuasidelictual, en la terminología común europea) y, por ello, al amparo del artículo 5.3 RB I (ahora, 7.2 RB I bis), serán competentes los tribunales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Esta

<sup>23</sup> En concreto, el artículo 118.2 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (en vigor a partir del 1 de abril de 2017), directamente inspirado en el artículo 125.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.

<sup>24</sup> STJUE de 21 de mayo de 2015, Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA., asunto C-352/13.

<sup>25</sup> Cfr. J. SUDEROW, “Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2016), Vol. 8, Nº 2, pp. 306-329; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional”, *La Ley Unión Europea*, número 30, 2015; M. PENADÉS FONS, “Reclamaciones de daños transfronterizas y competencia internacional”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, cit., pp. 451-465.

referencia, como ha reiterado el TJUE, comprende tanto el lugar de producción del hecho causal como el lugar de producción del daño<sup>26</sup>. Cuando se trata de daños derivados de los sobrecostes causados por la existencia de un cártel, el TJUE ha precisado lo siguiente: (i) en cuanto al lugar del hecho causal, puede tratarse del lugar de constitución del cártel (si se conoce<sup>27</sup>) o el lugar en que se haya concluido un arreglo (de entre los varios arreglos colusorios celebrados para conformar el cártel) “que por sí solo sea el hecho causal del perjuicio supuestamente sufrido por un comprador”<sup>28</sup>; (ii) en cuanto al lugar de materialización del perjuicio, debe de ordinario identificarse con el domicilio de la víctima.

**13.** Otra cuestión, que también se puede proyectar en el plano puramente interno, es la que suscita la eficacia de las cláusulas de sumisión expresa o de arbitraje que estén incluidas en los contratos –se puede pensar, sobre todo, en contratos de suministro– entre la empresa demandada –cabe pensar, nuevamente, en una empresa que sea partícipe del cártel– y el comprador directo, perjudicado por la conducta anticompetitiva. En general, se trata de cláusulas amplias y comprensivas de todas las controversias asociadas al contrato en el que se insertan: ¿significa esto, en defecto de previsión expresa, que el pacto de sumisión o de arbitraje también cubre el proceso para reclamación de indemnización por daños derivados de la infracción a las normas de competencia? El problema también lo abordó el STJUE en el asunto *CDC Hydrogen Peroxide*, de forma más que razonable: a juicio del Tribunal, un pacto de sumisión expresa (o de sumisión a arbitraje, podría añadirse) sólo puede ser eficaz para una acción de daños si la contempla de forma expresa. Ahora bien, en el supuesto ordinario de una cláusula estándar incluida en un contrato de compraventa, suministro o servicio, no puede colegirse que una controversia de este tipo haya sido contemplada por las partes en el momento de su suscripción, de modo que no puede considerarse como una controversia cubierta por la cláusula.<sup>29</sup>

### III. Cuestiones en relación con la legitimación activa

**14.** La legitimación activa para el ejercicio de este tipo de acciones de daños, por pura lógica, corresponde a quienes se hayan visto perjudicados por la conducta anticompetitiva. Aunque son posibles categorizaciones muy diversas en este punto, interesa ahora distinguir dos grandes grupos de potenciales demandantes, en tanto que perjudicados. De un lado, se hallan los consumidores de los bienes o los usuarios de los servicios, cuyo perjuicio ha de cifrarse en el mayor precio pagado por aquéllos debido al abuso de posición dominante o a la práctica colusoria. De otro, por supuesto, están los profesionales o empresarios que hayan adquirido los bienes o servicios para incorporarlos a su actividad productiva o comercial, también perjudicados por la conducta anticompetitiva, siempre que no hayan repercutido íntegramente el sobrecoste a terceros. En relación con ambos grupos pueden plantearse cuestiones diversas.

#### 1. La posibilidad de ejercicio de acciones colectivas

**15.** Si los perjudicados son consumidores, es muy difícil imaginar el ejercicio de acciones individuales para reclamar el sobrecoste asociado a prácticas anticompetitivas en el precio de productos

<sup>26</sup> Cfr. STJUE *CDC Hydrogen Peroxide*, apartado 38 “la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso», que figura en el artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001, se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción contra el demandado puede ejercitarse a elección del demandante ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares (sentencias Melzer, C228/11, EU:C:2013:305, apartado 25, y Kolassa, C375/13, EU:C:2015:37 apartado 45).”

<sup>27</sup> Cfr. STJUE *CDC Hydrogen Peroxide*, apartado 44.

<sup>28</sup> Cfr. STJUE *CDC Hydrogen Peroxide*, apartado 50.

<sup>29</sup> Cfr. STJUE *CDC Hydrogen Peroxide*, apartado 69: “(...) una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito”. Y también apartado 70: “(...) En efecto, toda vez que tal litigio no era razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a esa cláusula, pues desconocía en ese momento el cártel ilícito en el que participaba la otra parte contratante, no se puede considerar que ese litigio tenga su origen en las relaciones contractuales. Por tanto, la referida cláusula no excluiría válidamente la competencia del tribunal (...)”.

cotidianos como la leche, el azúcar o el cartón, entre otros muchos posibles. A tal fin, la vía más idónea es el ejercicio de acciones colectivas, de modo que un solo proceso judicial pueda servir para dispensar tutela a un grupo numeroso de perjudicados identificados o, incluso, a todos ellos, hayan quedado identificados o no durante el proceso –todo dependerá del sistema de litigación colectiva que exista en cada Estado.

**16.** Cuando la Comisión Europea lanzó la iniciativa para regular las acciones por daños en materia de competencia ésta fue una de las cuestiones nucleares que se abordaron (así se pone de manifiesto en el Libro Verde y en el Libro Blanco<sup>30</sup>). El tema, finalmente, se excluyó, sin duda por su carácter polémico y, posiblemente también, por el temor a la propagación del sistema de acciones colectivas “a la americana”;<sup>31</sup> el motivo ofrecido, sin embargo, fue la conveniencia de abordar los problemas que suscita la litigación colectiva de forma horizontal y homogénea, en vez de sectorial. Por eso, el considerando 13 de la Directiva establece lo siguiente: “La presente Directiva no debe exigir a los Estados miembros que introduzcan mecanismos de recurso colectivo para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.” Y, por eso también, en paralelo, la Recomendación sobre procesos colectivos de 2013<sup>32</sup>, aunque alude expresamente al Derecho de la competencia como uno de los ámbitos en los cuales es necesaria la existencia de procesos efectivos de recurso colectivo<sup>33</sup>, se decanta claramente por un sistema de tutela colectiva de modelo *opt-in*, con un control importante sobre la legitimación y la financiación de la acción colectiva, y muestra asimismo su preocupación por evitar un solapamiento entre acciones colectivas y procedimientos sancionadores (para las acciones consecutivas).<sup>34</sup>

**17.** La neutralidad de la Directiva en este punto determina que deban aplicarse sin más las reglas procesales de cada Estado miembro en materia de acciones colectivas, que no tienen tampoco por qué estar adaptadas a la Recomendación de 2013<sup>35</sup> –y cuya mayor o menor eficacia es, sin duda, uno de los factores clave que pueden tenerse en cuenta, en supuestos transfronterizos, a la hora de efectuar el *forum shopping* a que se ha hecho referencia antes–.

<sup>30</sup> Cfr. I. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada...*, cit., pp. 314-321.

<sup>31</sup> Cfr. J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El sistema de las “class actions” en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011.

<sup>32</sup> Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (DO L 201 de 26 de julio de 2013, pp. 60-65).

<sup>33</sup> Vid. el considerando 7 de la Recomendación: “Los ámbitos en que se ejerce la acción privada complementaria para hacer valer los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, en forma de recurso colectivo, son la protección de los consumidores, la competencia, la protección del medio ambiente, la protección de los datos personales, la normativa sobre servicios financieros y la protección de los inversores. Los principios establecidos en la presente Recomendación deben aplicarse de forma horizontal y uniforme a dichos ámbitos, pero también a cualesquiera otros en los que las demandas colectivas de cesación o de indemnización por daños y perjuicios derivados de la violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión sean pertinentes.”

<sup>34</sup> Cfr. en este punto el considerando 22 de la Recomendación [“En los ámbitos del Derecho en que una autoridad pública esté facultada para adoptar una decisión que declare que se ha producido una violación del Derecho de la Unión, es importante garantizar la coherencia entre la decisión definitiva sobre dicha violación y el resultado de la acción colectiva de recurso. Además, en el caso de las acciones colectivas interpuestas como consecuencia de una decisión de una autoridad pública (acciones consecutivas), se supone que la autoridad pública, al constatar la violación del Derecho de la Unión, ya ha tenido en cuenta el interés público y la necesidad de evitar los abusos”] y, sobre todo, los apartados 33 y 34, que llevan la rúbrica explícita de “Acciones colectivas consecutivas”: “33. Los Estados miembros deberían asegurarse de que, en las materias legislativas en que una autoridad pública es competente para adoptar una decisión que constata una violación del Derecho de la UE, las acciones de recurso colectivo no se interpongan, por regla general, en tanto la autoridad pública no haya concluido definitivamente el procedimiento que inició con anterioridad a la acción privada. Si el procedimiento de la autoridad pública se incoara tras la interposición de la acción de recurso colectivo, el órgano jurisdiccional debería evitar dictar cualquier resolución contraria a la decisión prevista por la autoridad pública. A tal fin, el órgano jurisdiccional podrá suspender el recurso colectivo hasta la conclusión del procedimiento de la autoridad pública. 34. Los Estados miembros deberían garantizar que, en caso de acciones consecutivas, a las personas que aleguen haber sufrido daños no se les impida reclamar una indemnización por el hecho de que hayan expirado los plazos de prescripción o caducidad antes de la conclusión definitiva del procedimiento por la autoridad pública.”

<sup>35</sup> Como sucede, de hecho, en nuestro país, cuyo sistema de acciones colectivas, esbozado en los artículos 11 y concordantes de la LEC, no responde al esquema por el que ha mostrado su preferencia la Comisión en la Recomendación de 2013.

**18.** En nuestro país la propuesta de ley de 2015 no contiene ninguna referencia a esta cuestión,<sup>36</sup> de modo que será posible servirse del sistema de acciones colectivas resarcitorias establecido en los artículos 11 y concordantes de la LEC. La legitimación activa, por ello, se deducirá del propio artículo 11 LEC.<sup>37</sup> En la mayoría de los casos, además, habrá que dar por descontado que nos hallaremos ante litigios para la tutela de intereses difusos, debido a la dificultad de determinar e individualizar en el proceso a los concretos sujetos perjudicados. Esto, en consecuencia, limita la iniciativa para el ejercicio de acciones al Ministerio Fiscal (art. 11.5 LEC) y a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas (art. 11.3 LEC).<sup>38</sup>

**19.** En la práctica, la etiología de las asociaciones de consumidores hace difícil imaginar que puedan ser especialmente proactivas a la hora de promover el ejercicio de acciones de este tipo; lo mismo cabe decir del Ministerio Fiscal. Y, en todo caso, lo que sí resulta realmente difícil de imaginar es que las asociaciones o el Ministerio Fiscal se decanten por ejercer acciones de daños de forma directa (*stand alone*), sea previa o paralela a la existencia de un procedimiento sancionador: cabe imaginar, más bien, que se sumen al sistema de acciones consecutivas o *follow-on*, una vez conocido el desenlace final del procedimiento sancionador.

**20.** Son muchos, en todo caso, los vericuetos a que da lugar lo alambicado de la regulación de la LEC en materia de acciones colectivas resarcitorias, como, por ejemplo, la exigencia de dar publicidad previa al ejercicio de la demanda (art. 15 LEC), que puede ser muy costosa,<sup>39</sup> o los retrasos que puede provocar su posible acumulación con acciones paralelas (art. 76.2.1º LEC). A efectos prácticos, sin embargo, las mayores dificultades cabe situarlas en la cuantificación del daño y, sobre todo, en la ejecución en sí de un eventual pronunciamiento condenatorio. Nuestro ordenamiento no permite en este ámbito fórmulas flexibles, como la consistente en que la entidad demandada sea condenada al pago de una suma a tanto alzado que después podría repartirse entre los perjudicados o gestionarse por un fiduciario para promover iniciativas en favor de los perjudicados (al modo de lo que sucede en Estados Unidos). De manera diversa, en el esquema de la LEC es necesario que la sentencia establezca el importe concreto (o la prestación no dineraria) a que tendrá derecho cada uno de los individuos perjudicados (art. 221.1.1ª LEC), que será también quien deba reclamarla en vía ejecutiva: sin más, si figura *nominatim* en la sentencia; por la vía del expediente del artículo 519 LEC, si no es así (acreditando que concurren en él las circunstancias establecidas en la sentencia). La aplicación de estos mecanismos, sin embargo, no parece especialmente operativa en un contexto como el que nos ocupa ahora, en que las cuantías pueden ser muy reducidas, de modo que el impacto real de la condena sobre el infractor puede acabar siendo muy pequeño.<sup>40</sup> En definitiva, mientras no se modifique el régimen legal de las acciones colectivas en nuestro

<sup>36</sup> Algo que lamenta J.I. RUIZ PERIS, “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, cit., pp. 15-52, p. 26.

<sup>37</sup> También se llegaría al artículo 11 LEC por remisión del artículo 33.1 de la Ley de Competencia Desleal (puesto en relación, a su vez, con el artículo 3 LDC). No cabe aplicar aquí, en cambio, los artículos 53 y 54 TRLGDCU, porque esta materia escapa del ámbito de aplicación de dicha norma.

<sup>38</sup> Recuérdese que, a nivel nacional, sólo tienen la consideración de representativas a estos efectos las asociaciones que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios –art. 24.3 TRLGDCU–; si el ámbito territorial del conflicto afecta fundamentalmente a una comunidad autónoma, entonces se atenderá a lo que establezca su legislación específica.

<sup>39</sup> Así lo advierte también J. MARTÍN PASTOR, “Las acciones colectivas en España: especial referencia a la aplicación privada de la competencia”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, cit., pp. 187-229, pp. 209 y 229.

<sup>40</sup> La experiencia inglesa da cuenta del “éxito” en 2008 de una acción colectiva, promovida por una asociación de consumidores, en reclamación de indemnización por el precio excesivo de camisetas de la selección inglesa y de un conocido equipo de fútbol, a resultas de un acuerdo de fijación de precios entre las grandes distribuidoras de estos productos (durante 2000 y 2001). La reclamación se articuló a través del mecanismo de la *Group Litigation Order*, que responde a los esquemas del *opt-in*. La acción desembocó en una transacción, en virtud de la cual: 1) quienes se habían unido a la demanda cobrarían 20 libras (habían pagado hasta 39.99 por cada camiseta); 2) quienes no se hubieran unido podrían cobrar 10 libras si aportaban prueba de la adquisición o la camiseta en sí, con la etiqueta intacta (ténganse en cuenta las fechas). Puede accederse a la información a través de <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/7178958.stm> (noticia fechada el 9 de enero de 2008).

ordenamiento, no cabe esperar un ejercicio masivo –ni siquiera “moderado”– de acciones colectivas en beneficio de los consumidores perjudicados por prácticas colusorias o abusos de posición dominante.<sup>41</sup>

## 2. La acumulación de pretensiones por parte de empresarios perjudicados y la transmisión onerosa del crédito indemnizatorio

**21.** Cabe asumir, en vista de lo anterior, que el grueso de la litigación en este ámbito, incluso cuando se transponga la Directiva, seguirá concentrado en los empresarios perjudicados que tengan la consideración de adquirentes directos o indirectos de los bienes y servicios afectados por el cártel o el abuso de posición dominante.<sup>42</sup> Y podrá tratarse tanto de demandas del tipo independiente (*stand alone*), como de pretensiones consecutivas (*follow on*) –al menos en principio, porque la Directiva muestra una preferencia implícita por esta segunda modalidad–.

**22.** La experiencia práctica pone de manifiesto que, con frecuencia, este tipo de pretensiones las pueden ejercitar de forma conjunta varios perjudicados: seguirán así siendo frecuentes, primordialmente por razones de economía procesal, los casos de acumulación de acciones. Nada se dice al respecto en la Directiva ni en la propuesta de ley de 2015, pero tampoco parece necesario. Al menos desde un punto de vista normativo, la acumulación de acciones no debería suscitar problemas, pues la exigencia del artículo 72 LEC de conexión por razón del título o causa de pedir se cumple cuando todos los demandantes afirman haberse visto perjudicados por el mismo cártel o el mismo abuso de posición dominante.

**23.** Más ardua puede ser la situación que se produzca cuando se tramiten de forma separada acciones de daños derivadas del mismo ilícito competencial, promovidas por distintos actores o grupos de actores, especialmente si se tiene en cuenta que los demandados no siempre tienen por qué coincidir (dada la solidaridad en la responsabilidad de los protagonistas de un cártel). En principio, nuestro sistema en este punto se decanta por la acumulación de procesos: el artículo 76 LEC da cabida sin problemas a estos casos, cuando se trata de procesos cuya tramitación separada podría dar lugar a sentencias con pronunciamientos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes: y esto es lo que sucederá, sin duda, cuando en todos ellos se discuta acerca de la calificación de la conducta de los demandados o sobre la cuota de responsabilidad de cada uno de los implicados en el cártel. Semejante situación, en la práctica, se puede plantear básicamente cuando las acciones separadas se ejercitan antes de que exista resolución firme en el ámbito sancionador. Pero cuando no suceda la anterior (en especial, cuando se trate de reclamaciones consecutivas frente a sujetos pasivos no coincidentes), no siempre será sencillo establecer la procedencia de la acumulación de procesos, lo cual puede ser problemático de cara a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Directiva (y en la propuesta de nuevo artículo 80 LDC), que expresamente abogan por una coordinación para “evitar que las acciones por daños ejercitadas por demandantes de distintos niveles de la cadena de suministro aboquen a una responsabilidad múltiple o a la ausencia de responsabilidad del infractor”.<sup>43</sup>

**24.** Junto a esto, la lectura de la Directiva abre la puerta a una opción que, al menos en nuestro ordenamiento, puede considerarse algo extraña: la existencia de entidades especializadas en reclamar daños derivados de ilícitos competenciales sobre la base de la previa adquisición por su parte de esos créditos indemnizatorios de empresas perjudicadas. Un ejemplo de esta situación se pone de manifiesto,

<sup>41</sup> Cfr. también E. OLMEDO PERALTA, “La reclamación de daños...”, cit., *passim*. Según J. MARTÍN PASTOR, sólo se ha podido identificar hasta la fecha un caso de acción colectiva en este ámbito, que acabó además siendo sobrepasado por falta de legitimación de la entidad demandante (“Las acciones colectivas...”, cit., p. 228).

<sup>42</sup> La Directiva, de hecho, abre la puerta al ejercicio de acciones tanto de compradores directos como indirectos (cfr., ante todo, las definiciones del artículo 2, apartados 23 y 24). Se trata, no obstante, de una opción discutible, ante las dificultades prácticas que genera la necesidad de tomar en consideración la posición jurídica de sujetos que se hallan en situaciones potencialmente muy diferentes (cfr. las críticas al respecto de H. BROKELMANN, “La Directiva de daños...”, cit., pp. 15 y 23; también de J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Contra la armonización positiva”, cit., p. 5).

<sup>43</sup> Cfr. *infra*, V.2.

una vez más, en la STJUE recaída en el asunto *CDC Hydrogen Peroxide*, en el que la demandante, Cartel Damage Claims, es precisamente una sociedad belga que tiene por objeto reclamar por vía judicial y extrajudicial el pago de los créditos indemnizatorios de empresas afectadas por un cártel.<sup>44</sup>

**25.** Desde posiciones muy restrictivas cabría plantearse hasta qué punto resulta o no posible, al menos en nuestro ordenamiento, la transmisión onerosa de créditos indemnizatorios de este tipo. A mi juicio, la amplitud de los términos en que se expresan los artículos 1112 («todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles») y 1526 CC («cesión de un crédito, derecho o acción») permiten sostener sin dificultades la viabilidad de esta fórmula. Lo que resultaría en su caso mucho más discutible es que la Directiva, como tal, pudiera abordar la regulación directa de la transmisibilidad de este tipo de créditos de forma general, por falta de competencia normativa; no obstante, lo que sí se hace en ella es asumirla como existente y como aceptable, al menos en dos ocasiones. Se hace, en primer término, en el artículo 2.4), en sede de definiciones, respecto de lo que ha de entenderse por *acción por daños*: “toda acción conforme al Derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una o varias partes presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad, o una persona física o jurídica que se haya subrogado en los derechos de la parte presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios”. Y vuelve a reconocerse la existencia de esta vía de adquisición de la condición de legitimado activo en el artículo 7.3, al hacer referencia a los límites impuestos al uso de las pruebas: “Los Estados miembros velarán por que las pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia y que no estén contempladas en los apartados 1 o 2 solo puedan ser utilizadas en una acción por daños por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación.” Estas previsiones se han incorporado sin mayores dificultades a la propuesta de 2015: la primera, como definición, en la propia propuesta de ley; la segunda, como propuesta de un nuevo artículo 283 quater d) 3 LEC. Cabe esperar así que, aunque sea por esta vía indirecta, la trasposición de la Directiva ofrezca un mayor grado de certeza o seguridad jurídica a esta posibilidad, que en la praxis de otros Estados miembros se está revelando como muy eficaz para activar la aplicación privada del Derecho de la competencia.<sup>45</sup>

#### IV. Problemas en relación con la determinación de los hechos y con la prueba

**26.** Los litigios para el ejercicio de acciones de daños son por definición litigios complejos. Y lo son, en gran medida, por las dificultades que puede entrañar la determinación de los hechos relevantes para establecer la responsabilidad de los demandados y el daño experimentado por los demandantes (especialmente, su importe). Uno de los propósitos de la Directiva es precisamente ofrecer soluciones a estas dificultades, como forma de evitar que se conviertan, en la práctica, en barreras que impidan el éxito de reclamaciones justas y minen el principio de efectividad de las normas sobre defensa de la competencia.<sup>46</sup> La Directiva aborda estos problemas a través de herramientas diferentes. De un lado, a través de medidas que, de algún modo, tratan de facilitar la fijación como ciertos de determinados hechos relevantes para la estimación de la demanda. De otro, procurando mejorar el acceso a fuentes de prueba necesarias para sostener la pretensión y que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros.

<sup>44</sup> Puede verse la información que la propia entidad hace pública a través de su página web: <http://www.carteldamage-claims.com/>

<sup>45</sup> Así lo apuntaba J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Contra la armonización positiva”, cit., p. 8, que señalaba que “es un buen ejemplo de cómo resolver el problema de la legitimación activa sin necesidad de acciones colectivas”.

<sup>46</sup> Cfr. R. VALLINA / J.A. SANTANA / A. SELLÉS, “Cuantificación del daño y sobrecostes en la Directiva de daños por infracciones de la competencia”, en M.A. RECUERDA GIRELA (coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia*, cit., pp. 277-296.

## 1. Facilitaciones probatorias

27. Son varias las herramientas a través de las cuales, de algún modo, la Directiva aspira a aliviar las cargas probatorias que pesan sobre los demandantes en las acciones de daños;<sup>47</sup> más en concreto, en relación con aquellas que pueden proyectarse sobre la existencia en sí misma de la infracción y la responsabilidad de los demandados y/o sobre la cuantificación de los daños y el correlativo importe de las indemnizaciones.

### A) Presunciones legales

28. La primera de las vías para hacer operativas estas facilitaciones probatorias es el establecimiento de presunciones, que dispensan de la prueba de algunos extremos o que desplazan la carga probatoria hacia elementos indiciarios de más fácil acreditación para el demandante. La Directiva ofrece, al menos, dos buenos ejemplos.

29. El primero lo establece el artículo 17.2, en virtud del cual “Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción.”<sup>48</sup> Es evidente que la norma no exime al actor de la carga de acreditar su daño propio y de cuantificarlo<sup>49</sup>, pero al menos sí le exonera de aportar prueba respecto del carácter dañoso del cártel, a pesar de que, desde un punto de vista económico, puede ser una asunción cuestionable, lo que justifica, a su vez, el carácter relativo de la presunción.

30. El segundo ejemplo se encuentra en el artículo 14. El apartado 1, conforme a criterios ordinarios, arroja sobre el demandante la carga de probar la existencia y la cuantía del sobre coste que se le ha repercutido. Sin embargo, el apartado 2 le ayuda a levantar esa carga estableciendo una presunción favorable al comprador indirecto de que se le ha repercutido el sobre coste, lo que es tanto como establecer una presunción de daño, debido a la identificación –al menos en lo sustancial– entre daño y sobre coste.<sup>50</sup>

### B) La prueba de la cuantía de los daños

31. Pero no sólo con presunciones se trata de aliviar las dificultades probatorias. En relación con el problema singular de la cuantificación de los daños y perjuicios, nos encontramos con dos disposiciones singulares en la Directiva.<sup>51</sup>

#### a) La estimación del importe de los daños

32. De un lado, se efectúa una rebaja del estándar probatorio a través de la fórmula consistente en permitir que los tribunales operen con “estimaciones”. En concreto, el artículo 17.1 de la Directiva, seguido por la propuesta de nuevo artículo 76.2 LDC, establece lo siguiente: “Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para *estimar* el

<sup>47</sup> En opinión de D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “se establece un principio de facilidad en la cuantificación de los daños que favorece al demandante”, que conduce a una “dulcificación de la carga de la prueba” (“La Directiva 2014/104/UE...”, cit., ep. III.4).

<sup>48</sup> Esta presunción habría de incorporarse a nuestro ordenamiento, según la propuesta de 2015, a través de un nuevo artículo 76.3 LDC.

<sup>49</sup> Así lo señala, para que no haya dudas, el considerando 47 de la Directiva: “Esta presunción no debe abarcar el importe preciso del daño”.

<sup>50</sup> Sería el nuevo artículo 79.2 LDC el encargo de transponer esta presunción, según la propuesta de 2015. Téngase en cuenta, no obstante, la crítica de H. BROKELMANN a la suficiencia de los indicios establecidos en la Directiva para establecer semejante presunción (“La Directiva de daños...”, cit., p. 16).

<sup>51</sup> Al margen de la Directiva deben tenerse en cuenta la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 167 de 13 de junio de 2013) y la Guía práctica que la acompaña.



importe de la reclamación de los daños”. Aunque de forma un poco discreta, el término “estimar” tiene un significado singular, apto para ofrecer salida a dos callejones que, de otro modo, tal vez no la tendrían.

**33.** De entrada, permitir que el tribunal haga una estimación supone modular el estándar probatorio en relación con el *quantum*, asumiendo que no tiene sentido exigir plena convicción al tribunal también respecto de la cantidad exacta en que debe cifrarse el perjuicio sufrido por el demandante, dadas las múltiples variables que lo integran y lo difícil que resulta medirlas.<sup>52</sup> Si se admite la estimación, se permite que el tribunal condene al pago de una cantidad sin estar plenamente convencido (estándar probatorio ordinario) de que ésa es la realmente debida, por ser éstos realmente los daños soportados. Se trata, en cierto modo, de una norma que se encuentra a medio camino entre lo procesal (pues da pautas al juez en relación con el modo en que debe llegar a su decisión) y lo sustantivo (configurando, en alguna medida, el derecho a verse indemnizado por el daño estimado, aunque no sea el realmente soportado).<sup>53</sup>

**34.** El otro *impasse* que puede solventarse con el precepto se asocia con la dificultad de dar cumplimiento al artículo 219 LEC, que establece el deber de cuantificar y expresar con precisión en la demanda la cantidad reclamada o de fijar, al menos, unas bases de cuantificación que consistan en simples operaciones aritméticas, cuya aplicación no precise efectuar valoraciones fácticas y/o jurídicas que requieran contradicción.<sup>54</sup> En relación con este punto, cabe hacer dos lecturas del precepto: puede pensarse que la facultad de efectuar la estimación está reservada al tribunal, quien podrá hacer uso de ella en el momento de dictar sentencia, tras valorar las pruebas practicadas, pero sin exonerar al actor de la carga de expresar y de justificar la cuantía reclamada; pero podría considerarse, igualmente, que confiere al demandante la facultad de señalar que la cantidad que reclama no es, en rigor, sino una estimación (lo que, al menos, le libera de la carga de la justificación detallada del *quantum* expresado). Aunque la distinción entre ambas opciones es difícil –incluso tiene algo de sofisma–, es importante a efectos de costas, puesto que los demandantes sólo podrán verse resarcidos en caso de vencimiento total (o sustancial, según doctrina jurisprudencial), y el mayor o menor grado de desviación entre lo pedido en la demanda y lo “estimado” en la sentencia cobra gran relevancia.

#### b) El asesoramiento de las autoridades nacionales de competencia

**35.** En relación con lo anterior, debe mencionarse también el artículo 17.3 de la Directiva –inspirado en lo que, a nivel europeo, dispone el artículo 15 del Reglamento 1/2003<sup>55</sup>– y que se expresa en los siguientes términos:

<sup>52</sup> Cfr. G. SIOTIS / E. CAÑIZARES, “El estándar de prueba en las acciones de reclamación de daños”, 1989-2007. *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia – Libro marrón del Círculo de Empresarios*, Madrid, 2008, pp. 363-398, esp. p. 372, compartiendo la apreciación de que “un estándar de prueba excesivamente exigente puede suponer un obstáculo para las reclamaciones”; en sentido similar, S. OROMÍ VALL-LLOBERA, “El ejercicio de acciones...”, cit., p. 106. Sobre la metodología de cuantificación aplicada por nuestros tribunales, cfr. C. ROY PÉREZ, “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España”, en A. FONT I RIBAS / B. VILÀ COSTA (dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, cit., pp. 224-258; I. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada...*, cit., pp. 261 y ss.; C. HERRERO SUÁREZ, “La transposición de la directiva...”, cit., p. 175.

<sup>53</sup> Cfr. G. SIOTIS / E. CAÑIZARES, “El estándar de prueba...”, cit., p. 366, señalando cómo “el cálculo de indemnizaciones es un ejercicio complejo que requiere reconstruir la realidad bajo un escenario hipotético e inobservable en el que no existe el hecho o suceso que ocasiona el daño (en este caso, una práctica anticompetitiva). *El resultado de este cálculo es necesariamente una estimación* basada en supuestos que por lo general implican una simplificación de la realidad” (énfasis añadido); en el mismo sentido, cfr. también p. 374. Por eso mismo, J.I. RUIZ PERIS insiste en la conveniencia de que la estimación esté sujeta en todo caso a exigencias de equidad (“Tiempos de cambio...”, cit., p. 48).

<sup>54</sup> Sobre las dificultades que plantea este precepto en un plano general, cfr. I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Reflexiones sobre el nuevo régimen de la condena genérica contenido en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en A. CABANILLAS SÁNCHEZ et al. (dirs.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2002, Tomo IV, pp. 6207-6230; en este ámbito más específico, cfr. también del mismo autor “Sobre algunas dificultades...”, cit., p. 73; igualmente R. VALLINA / J.A. SANTANA / A. SELLÉS, “Cuantificación del daño...”, cit., pp. 294-295.

<sup>55</sup> Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1, de 4 de enero de 2003).

«Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a reclamaciones de daños y perjuicios, una autoridad nacional de la competencia pueda ofrecer, previa petición de un órgano jurisdiccional nacional, *asesoramiento* a este en el tema de la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, si dicha autoridad nacional de la competencia considera adecuado tal asesoramiento.»

Esta norma, a su vez, habría de trasponerse, con arreglo a la propuesta de 2015, con un nuevo artículo 76.4 LDC, en los siguientes términos:

«En los procedimientos relativos a las reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del derecho de la competencia, las autoridades nacionales de defensa de la competencia *podrán informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones* que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la presente ley deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, *cuando le sea requerido por el tribunal competente*.»

**36.** Como puede apreciarse, el “asesoramiento” a que se refiere la Directiva se convierte, al cruzar el umbral del Derecho español, en “informar sobre criterios para la cuantificación” –en consonancia con lo dispuesto en el artículo 5.2 b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>56</sup>–, lo cual no deja de ser una restricción al abanico de posibilidades que podrían abrirse con la dicción más amplia de aquélla. Tampoco está claro el alcance ni el propósito del asesoramiento o de la información contemplados: ¿puede la información suministrada tomarse como elemento sobre el que fundar válidamente la decisión del tribunal respecto del *quantum*? De ser así, habría que hablar de prueba, cuyo objeto podrían ser elementos fácticos relevantes en el concreto proceso o, al menos, máximas de experiencia de aplicación a los hechos controvertidos. Esto convertiría a las autoridades nacionales de competencia en peritos,<sup>57</sup> a todos los efectos, en la medida en que suministran al tribunal conocimientos técnicos, de los que éste carece, al efecto de poder fundar su decisión –a esto se acerca, sin duda, la función “consultiva” a que se refiere el artículo 5.2 b) de la Ley 3/2013–. Es evidente que en este tipo de procesos se asistirá a auténticas “batallas periciales” y con esta norma parece que podría abrirse la puerta a la intervención de la autoridad nacional de la competencia como “perito dirimente” o, en todo caso, como “tercer perito”. Podría pensarse que una norma de este tipo, en nuestro ordenamiento, en realidad habría de tener un alcance limitado, consistente simplemente en permitir que el tribunal, a quien alguna de las partes –o las dos– le hubiera pedido la designación de perito en virtud del artículo 339.2 LEC, delegara dicho encargo en la autoridad nacional de competencia. Pero no parece que sea esto lo dispuesto, de un lado por lo limitado de la función atribuida a la autoridad; y de otro, y sobre todo, porque parece contemplarse en ella la facultad del tribunal de acordar de oficio la intervención auxiliar de la autoridad. Se trata, en nuestro ordenamiento, de una clara excepción a la regla general, contraria a las pruebas de oficio, que puede distorsionar el equilibrio entre las posiciones procesales de las partes y puede acabar teniendo incidencia sobre el reparto de las cargas probatorias. Pero, en la lógica de la Directiva, semejante potestad se halla al servicio de una correcta determinación o estimación del *quantum* indemnizatorio, que evite que una aplicación estricta de las reglas sobre carga de la prueba pudiera conducir a la desestimación de pretensiones con fundamento legítimo: se trata, pues, de un poder de oficio al servicio del principio europeo de máxima efectividad en la aplicación de la normativa prohibitiva de conductas anticompetitivas.

<sup>56</sup> El precepto atribuye a la CNMC funciones como órgano consultivo, entre las que se incluye la de “Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.”

<sup>57</sup> L. CABALLO ANGELATS señala expresamente cómo “[l]a posibilidad de que por parte del órgano jurisdiccional se requiera a la autoridad de la competencia para que realice observaciones tiene una cierta similitud con la realización de una pericia institucional” (“Aspectos procesales de la reclamación...”, cit., p. 25); en términos similares, I. SANCHO GARGALLO habla de “analogía con la prueba pericial, en cuanto que auxilia al Juez con conocimientos técnicos y valoraciones”, aunque rechaza la equiparación total por la posibilidad de que se acuerde de oficio por el juez (aunque, en rigor, esta posibilidad no es relevante a la hora de calificar la función del interviniente) (“Ejercicio privado...”, cit., p. 29).

### C) La determinación de la ilicitud de la conducta en acciones consecutivas

37. Una manifestación adicional de la voluntad de la Directiva de facilitar la prueba en estos procesos se produce para el caso especial de las acciones consecutivas (*follow-on*), a través de la atribución de una eficacia vinculante singular a las resoluciones administrativas o judiciales dictadas en los procesos sancionadores impulsados por las autoridades de competencia. El artículo 9 de la Directiva y la propuesta de nuevo artículo 75 LDC abordan esta cuestión, que resulta crucial para este tipo de procesos y que puede analizarse desde un doble ángulo: el de la relación entre procesos, de un lado; y el de la determinación de los hechos, por otro. La Directiva obliga a distinguir en función de si el procedimiento administrativo y el proceso judicial están o han estado o no en manos de órganos del mismo Estado.

38. En supuestos estrictamente internos el artículo 9.1 de la Directiva exige que la constatación de que se ha producido una infracción del Derecho de la competencia, hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente, se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada con posterioridad ante un órgano jurisdiccional nacional.<sup>58</sup>

39. En supuestos transfronterizos, el artículo 9.2 de la Directiva obliga a los Estados a garantizar que dichas resoluciones judiciales firmes podrán ser presentadas ante los tribunales de otros Estados *al menos como principio de prueba* de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que podrán valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes. La propuesta de 2015, sin embargo, ha optado por un criterio de máxima eficacia, equivalente al atribuido a las resoluciones internas.<sup>59</sup>

40. Al margen de otros aspectos que se tratarán más adelante,<sup>60</sup> desde el punto de vista probatorio, está claro que la existencia de una resolución firme de una autoridad nacional de competencia o de un órgano judicial que haya intervenido después en vía de recurso libera al actor de la carga probatoria respecto de aquello que, sin duda, puede resultarle más difícil de acreditar, por la lejanía o la dificultad de acceso a las fuentes de prueba: la existencia de infracción que opera como título de base para la imputación de responsabilidad al demandado. El coste de verse liberado de esta carga, sin embargo, es también claro: es necesario esperar a la conclusión en firme del procedimiento administrativo, en su caso a través del agotamiento de la vía judicial. El legislador europeo, con ello, transmite un mensaje claro: parece preferible un ejercicio consecutivo de las acciones de daños, para evitar solapamientos y contradicciones; esta preferencia, de hecho, se refuerza con la regulación sobre prescripción y sobre interrupción de la prescripción.<sup>61</sup>

## 2. Acceso a fuentes de prueba en poder del contrario y de terceros

41. Además de facilitar la prueba respecto de los hechos constitutivos de la pretensión de resarcimiento a través de los medios ya descritos, la Directiva opta decididamente por dar un paso mucho más drástico, obligando a los Estados miembros a arbitrar mecanismos que permitan con eficacia acceder a

<sup>58</sup> Esta norma, según la propuesta de 2015, habría de incorporarse a nuestro ordenamiento a través de un nuevo artículo 75.1 LDC, del siguiente tenor: “La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español de conformidad con los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el Derecho nacional de la competencia.”

<sup>59</sup> Según la propuesta, la regla habría de incluirse en un nuevo artículo 75.2 LDC, en virtual del cual “En aquellos casos en los que, debido al ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia se reclamen daños y perjuicios, *el tribunal estará vinculado al pronunciamiento declarativo de la infracción* hecho en una resolución firme de la autoridad nacional de la competencia de cualquier Estado miembro o de un órgano jurisdiccional competente.”

<sup>60</sup> Cfr. *infra*, V.1.

<sup>61</sup> En concreto, la propuesta de 2015 daría cumplimiento a la Directiva a través de un nuevo artículo 74.3 LDC, en los términos siguientes: “El plazo se interrumpirá si una autoridad de competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños. La interrupción terminará un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma.”

fuentes de prueba que se hallen en poder de la parte contraria y/o de terceros: éste parece ser, al menos a primera vista, el “espaldarazo” de la Directiva al ejercicio de acciones autónomas o *stand alone*, la verdadera piedra de toque para un genuino sistema de aplicación privada de las normas sobre defensa de la competencia. No tiene sentido pensar que ninguna empresa –o, menos aún, una asociación de consumidores– vaya a emprender el ejercicio de acciones por daños sin contar con pruebas suficientes no sólo del perjuicio padecido, sino también de la existencia de una conducta anticompetitiva por parte de la empresa o las empresas a las que se propone demandar. Y, sin embargo, son pruebas de obtención prácticamente imposible sin la cooperación del adversario o de terceros. Ocurre, además, que en muchos ordenamientos de corte continental el acceso a esas fuentes de prueba es limitado: en ocasiones, por las propias reglas procesales en sí mismas, que no contemplan un derecho a reclamar y un correlativo deber de exhibir fuentes de prueba, o lo hacen de manera muy timorata; en otros casos, se añade a lo anterior la prevalencia que se otorga a normas aparentemente colaterales a las procesales, como las relativas a la protección de datos, de información confidencial o de secretos comerciales, cuya preeminencia –si se exagera– puede vaciar de contenido el derecho a la prueba. Es necesario, por ello, superar esas barreras y mejorar las vías para que los potenciales demandantes puedan acceder a las pruebas necesarias, pues de lo contrario la supuesta potenciación de la aplicación privada del Derecho *antitrust* acabaría siendo letra muerta.

**42.** Existe, además, una categoría de “tercero” muy significativa en este ámbito: la autoridad de competencia (europea o nacional), cuando haya puesto en marcha un expediente administrativo para la investigación y determinación de infracciones. Gracias a sus potestades coercitivas tendrá acceso a fuentes de prueba que los particulares no pueden conseguir por sí mismos y que, en su caso, tendrían que reclamar de las empresas a las que se proponen demandar. Es obvio, por ello, que los perjudicados por prácticas anticompetitivas tendrán un interés muy singular en poder acceder a la información que se haya procurado o que se haya generado con ocasión de un expediente administrativo en curso o ya resuelto por una autoridad de competencia. Pero también es evidente el interés de la propia autoridad de competencia en no verse obligada en cualquier momento a suministrar cualquier información o fuente de prueba a quien se presente como un potencial actor en ejercicio de una acción indemnizatoria: de un lado, para no poner en peligro su propia labor, que puede verse entorpecida por el ejercicio de acciones civiles (especialmente, cuando son del tipo *stand alone*); de otro, y sobre todo, para no privar de efecto a los programas de clemencia, que permiten exonerar o atemperar la responsabilidad de aquél, de entre los partícipes de un cártel, que denuncie su existencia y coopere en la obtención de datos que permitan sancionarlo. En relación con esto último, es habitual señalar que la empresa que se acoge al programa de clemencia puede ser mucho más vulnerable frente a acciones indemnizatorias de tipo consecutivo, puesto que el reconocimiento por su parte de la comisión de la infracción la convierte en objetivo más sencillo para los perjudicados, que respecto de ella no soportarían más cargas probatorias que las relativas a la cuantificación de sus daños.

**43.** En este contexto, la Directiva trata de ofrecer soluciones equilibradas, guiadas por dos ideas básicas: de un lado, se quiere promover un mejor acceso a las fuentes de prueba, aunque –admitase el giro coloquial– “sin pasarse”, es decir, sin excesos desproporcionados, que permitan que las reglas sobre obtención de pruebas puedan usarse como base para *fishing expeditions* abusivas o que priven de todo contenido a otros derechos legítimos asociados a la libertad de empresa y a la actividad comercial; de otro lado, se quiere permitir el acceso a la información y las pruebas contenidas en los expedientes sancionadores elaborados por las autoridades de competencia, pero con los límites adecuados para evitar que se trabe su eficacia y, sobre todo, para preservar los programas de clemencia, en tanto que herramienta básica para la persecución de los cárteles.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Cfr. H. BROKELMANN, “La Directiva de daños...”, cit., pp. 19-20; J.I. RUIZ PERIS, “Tiempos de cambio...”, cit., p. 22. Para una crítica a esta supuesta necesidad de compensar de algún modo a los beneficiarios de los programas de clemencia en el ámbito de la responsabilidad por daños, cfr. I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Sobre algunas dificultades...”, cit., pp. 70-71. De especial interés son las reflexiones del Abogado General M. SZPUNAR, de 21 de julio de 2016, presentadas en el asunto C-162/15 P, *Evonik Degussa GmbH*, en las que, a pesar de ser la Directiva posterior a los hechos objeto de enjuiciamiento, se sirve de ésta para señalar que la protección que merecen los documentos de clemencia no puede ser absoluta y generalizada.

44. Son los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Directiva los encargados de definir las claves de un sistema de acceso a fuentes de prueba compatible con la preservación de todos los intereses concurrentes.<sup>63</sup> Se trata de normas genuinamente procesales, destinadas a establecer unos estándares mínimos comunes en todos los Estados miembros, con aptitud suficiente para armonizar una de las parcelas más sensibles del ordenamiento judicial, la probatoria, aunque sea para un ámbito material muy específico. La transposición de la Directiva –de forma aún más pronunciada que la Directiva de 2004 en materia de propiedad intelectual e industrial– obliga a muchos Estados miembros a incorporar normas procesales inexistentes en materia de acceso a fuentes probatorias, y a darles encaje en sistemas poco proclives a alterar las cargas y las costumbres probatorias.

***A) La propuesta de incorporación de las reglas de la Directiva a través de la introducción generalizada de medidas de acceso a fuentes de prueba en el proceso civil español***

45. En lo que atañe a nuestro país, *de lege lata* el acceso a información y fuentes de prueba ha de articularse a través de diligencias preliminares (arts. 256 y sigs. LEC) y por medio de peticiones de exhibición de documentos en poder de la parte contraria o de terceros (arts. 328 y sigs. LEC). Por eso, a la hora de abordar la incorporación de estas reglas en nuestro ordenamiento, una primera opción habría podido ser la de seguir el mismo esquema que se utilizó en 2006 para implementar las normas equivalentes de la Directiva de 2004 sobre propiedad intelectual e industrial,<sup>64</sup> y que habría consistido justamente en encajar las previsiones de los artículos 5 a 8 de la Directiva dentro del sistema de diligencias preliminares y de exhibición documental de la LEC. Se habría tratado, sin embargo, de un proceder insatisfactorio por varios motivos. De un lado, por el momento procesal para poner en marcha los expedientes de acceso a fuentes de prueba, que no están temporalmente limitados en la Directiva, pero que sí lo estarían si hubieran de usarse los cauces de las diligencias preliminares y de la exhibición documental. Además, porque los cauces actualmente existentes no asegurarían la audiencia previa del sujeto pasivo antes de que se ordene la puesta a disposición del contrario de las pruebas, algo que también exige la Directiva. Finalmente, porque esos cauces parecen estar pensados primordialmente para el demandante, a pesar de que la Directiva no hace distinciones y menciona también al demandado como posible beneficiario de las medidas necesarias para mejorar el acceso a fuentes de prueba.

46. A todos los anteriores, que son argumentos técnicos, debe añadirse otro más, de pura política legislativa: puede resultar hasta cierto punto discriminatorio o injustificado que estos mecanismos de acceso a fuentes de prueba, que mejoran claramente el derecho a la tutela judicial efectiva, se contemplen sólo respecto de parcelas muy singulares del ordenamiento –como las acciones de daños que ahora nos ocupan o, antes que ellas, los derechos de propiedad intelectual e industrial–, caracterizadas por el hecho de haber sido objeto de armonización sustantiva por parte del legislador europeo y que, sin embargo, no puedan usarse de forma generalizada por cualquier litigante que, para preparar adecuadamente la defensa judicial de un derecho, necesite el acceso a información o fuentes de prueba en poder de su adversario o de un tercero que no está dispuesto a facilitárselas.

<sup>63</sup> Al margen de lo establecido en la Directiva y en la normativa interna que la desarrolle, debe tenerse presente que pueden existir vías adicionales para tratar de acceder a la documentación en poder de las autoridades de competencia. En concreto, cuando se trata de la Comisión, no puede olvidarse el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, al que aluden expresamente el artículo 6.2 de la Directiva y la propuesta de nuevo artículo 283 quater c) LEC. El Reglamento contiene una serie de excepciones que se han utilizado por la Comisión para justificar la negativa a suministrar información relevante de expedientes por infracciones de las normas de competencia (protección del objetivo de las actividades de investigación, de los intereses comerciales y del proceso decisorio de las instituciones). Sobre ellas se ha pronunciado la STJUE de 27 de febrero de 2014 (*EnBW Energie Baden-Württemberg, AG* C-365/12 P), que ha dado cobertura a la posibilidad de que la Comisión efectúe denegaciones genéricas aplicables a categorías de documentos, sin llevar a cabo un examen concreto e individualizado del contenido de los documentos objeto de la solicitud de acceso.

<sup>64</sup> Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO L 157 de 30 de abril de 2004). Su incorporación a nuestro ordenamiento se hizo a través de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

**47.** Teniendo en cuenta los elementos anteriores, la propuesta de 2015 efectúa una apuesta decidida por aprovechar la transposición de la Directiva para llevar a cabo una reforma general del sistema probatorio de la LEC. En concreto, lo que se propone es la introducción generalizada en la ley de una herramienta nueva, las medidas de acceso a fuentes de prueba, que podrán ser acordadas por el tribunal antes del proceso o en cualquier fase del mismo, a instancia de cualquier parte y previa audiencia del contrario. Esta nueva herramienta vendría a sobreponerse –por “desbordamiento”– a las actuales diligencias preliminares y peticiones de exhibición documental, que habrían de quedar derogadas. Al elaborar la propuesta, en definitiva, se consideró que, una vez plenamente asentado el modelo procesal civil de la LEC, nuestro sistema de justicia civil ha alcanzado un nivel de madurez suficiente para ensanchar los cauces de acceso a la prueba, sin llegar en ningún caso a la amplitud del sistema de *discovery* “a la americana”, gracias a los límites y controles propuestos y, sobre todo, debido al fuerte manejo y control judicial de la figura. Junto a una regulación general, aplicable a todo tipo de pretensiones, se daría cabida a dos bloques de especialidades por razón de la materia, respecto de derechos de propiedad intelectual e industrial y respecto de las acciones de daños en materia de defensa de la competencia, para dar cabida a las exigencias singulares derivadas de las respectivas directivas.

**48.** La propuesta de 2015 plantea, a tal fin, la introducción de una nueva Sección 1ª bis dentro del Capítulo V dedicado a las disposiciones generales sobre prueba, del Título I del Libro II de la LEC. La nueva Sección llevaría la rúbrica “Del acceso a las fuentes de prueba” y se situaría entre la Sección 1 (dedicada al objeto, necesidad e iniciativa de la prueba) y la Sección 2 (sobre proposición y admisión de la prueba); tendría, a su vez, tres subsecciones: una con las reglas generales, otra con las especialidades en propiedad intelectual e industrial y una última con las relativas a las acciones de daños derivados de infracciones a las normas sobre defensa de la competencia.

**49.** El régimen propuesto descansa en la distinción clásica entre *fuentes de prueba* y *medios de prueba*.<sup>65</sup> las medidas cuya introducción se propone tienen como finalidad permitir el acceso a fuentes de prueba, es decir, a personas u objetos que, en su caso, podrán ser utilizados en el proceso para convencer al juez de la certeza de hechos controvertidos a través de los medios de prueba que resulten convenientes. Permiten, pues, conocer documentos, informes, archivos electrónicos, lugares o personas con potencial para verificar en el proceso las afirmaciones fácticas en que se sostienen las pretensiones de las partes. Si el incidente de acceso a fuentes de prueba tiene éxito, será carga ya de la parte que lo instó proponer, en tiempo y forma, el medio o los medios de prueba que considere adecuados para trasladar al juzgador la fuerza de convicción que se deduzca de la fuente de prueba.

**50.** La propuesta de 2015 desarrolla, en lo que podrían llegar a ser los nuevos artículos 283 bis a) a 283 bis n) de la LEC, el régimen general para pedir, acordar y practicar medidas de acceso a fuentes de prueba, con una estructura que, en algunos puntos, guarda similitudes con la regulación de las medidas cautelares –en gran parte debido a que en ambas instituciones coincide el rasgo de la instrumentalidad y la accesoriadad respecto de un proceso declarativo sobre el fondo.

**51.** No es éste el lugar oportuno para un análisis detenido de la propuesta,<sup>66</sup> pero sí que importa dejar claras las bases del régimen general que se ofrece, pues en ellas han de encajar después las reglas especiales de obligada incorporación por mor de la Directiva. Y estas líneas generales son, de forma muy sucinta, las siguientes:

- Se trata de un sistema abierto, que permite en principio el acceso a cualesquiera fuentes de prueba en apoyo de cualquier posible pretensión o defensa. No obstante, se ofrece a título ejemplificativo un catálogo de posibles medidas (que recoge en lo sustancial el listado de diligencias preliminares actualmente contenidas en el artículo 256 LEC).

<sup>65</sup> Cfr. por todos J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2002, pp. 108-110.

<sup>66</sup> Cfr. las consideraciones críticas de M.L. ESCALADA LÓPEZ, en C. HERRERO SUÁREZ, “La transposición de la directiva...”, cit., pp. 161-165.

- Las medidas se adoptarán sólo a instancia de parte (demandante o demandada), bajo la responsabilidad de quien las solicite (para cuyo aseguramiento puede exigirse la constitución de caución) y asumiendo asimismo este mismo sujeto los gastos que comporte su ejecución.
- Las medidas se adoptarán con sujeción a una serie de requisitos muy estrictos, establecidos con el claro propósito de impedir que puedan servir de base a investigaciones prospectivas e indiscriminadas. A tal fin, el solicitante habrá de aportar un principio de prueba de su derecho y se aplicarán criterios propios del principio de proporcionalidad (necesidad, subsidiariedad, instrumentalidad, menor onerosidad y especialidad).<sup>67</sup> De forma especial, se establecen fuertes salvaguardas cuando esté en juego el respeto a normas de confidencialidad, que incluyen también un régimen de sanciones severas en caso de infracción.
- En el terreno de lo procedimental, se admiten las peticiones *ante demandam* o durante la pendencia del proceso, aunque siempre de forma contradictoria. Para reforzar su ejecución, se ha diseñado igualmente un régimen sancionador riguroso frente a las obstrucciones en que pudiera incurrir el sujeto pasivo de la medida en cuestión.

### ***B) Las reglas especiales sobre acceso a fuentes de prueba respecto de acciones de daños en materia de defensa de la competencia***

**52.** Las reglas anteriores describen el hábitat en que habrían de insertarse las reglas específicas sobre acceso a fuentes de prueba en materia *antitrust*. Habría de ser la Subsección 3ª, con la rúbrica “Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia”, la encargada de dar cumplimiento a los objetivos perseguidos por la Directiva en este punto.

#### *a) Sistema general*

**53.** En primer término, es imprescindible que se parta de la vigencia de una regla general que permita el acceso o –si se mira desde el ángulo de la contraparte– la exhibición de pruebas en poder del contrario o de tercero que sirvan para acreditar los hechos en que se sostenga una pretensión indemnizatoria o, en su caso, una defensa de repercusión del sobrecoste (*passing on*). Para reforzar esta idea general, se recuerda, en consonancia con la Directiva, que el interés de las empresas en evitar acciones por daños no constituirá un interés que pueda aducirse para justificar la denegación de las medidas pedidas [propuesta de nuevo artículo 283 quater b) 5 LEC].

**54.** La Directiva, no obstante, también exige que esta regla general vaya acompañada de salvaguardas suficientes para impedir que su introducción dé pie a la propagación en suelo europeo de técnicas de litigación propias de la tradición jurídica estadounidense (*fishing expeditions* al amparo de un *discovery* muy amplio).<sup>68</sup> Por eso, la propuesta de 2015, además de remitirse a las reglas generales sobre acceso a fuentes de prueba [propuesta de nuevo artículo 283 quater a) LEC], insiste en una serie de variables. Así, se exige que la petición esté motivada y se apoye en principios de prueba que acrediten una apariencia de derecho a favor del solicitante [propuesta de nuevo artículo 283 quater b) 1 LEC]. En esa misma línea, también se exige que se trate de una petición específica: referida a elementos específicos de prueba o a categorías pertinentes de pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible [propuesta de nuevo artículo 283 quater b) 2 LEC]. Y, como corolario, se concreta el deber de proporcionalidad, señalándole al tribunal cuáles son en particular los elementos que ha de ponderar: a) la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas; b) el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, especialmente para

<sup>67</sup> Creo, por ello, que resulta aventurado sostener que se ha procedido a una “introducción acrítica” de un sistema cercano al *discovery* americano (cfr. C. HERRERO SUÁREZ, “La transposición de la directiva...”, cit., p. 183).

<sup>68</sup> También advierten esta intención en la Directiva P. CALLOL / M. YUSTE, “La directiva comunitaria...”, cit., pp. 302-304. Para una primera aproximación a la institución del *discovery*, cfr. G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa. Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia*, Tirant, Valencia, 2016, pp. 82 y ss.

cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento; c) el hecho de que las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial [propuesta de nuevo artículo 283 quater b) 3 LEC].

**55.** La cuestión de la confidencialidad se aborda con apoyo en las reglas generales sobre medidas de acceso a fuentes de prueba: si el tribunal lo considera oportuno, podrá ordenar la exhibición de pruebas que contengan información confidencial, adoptando las medidas necesarias para proteger la confidencialidad [propuesta de nuevo artículo 283 quater b) 4 LEC]. Se precisa, eso sí, el deber del tribunal de dar pleno efecto a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente que resulten aplicables de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea o con el Derecho español [propuesta de nuevo artículo 283 quater b) 6 LEC]: éste parece ser, pues, el único límite infranqueable en términos absolutos.

**56.** La propuesta de 2015, en este terreno de lo general, ha aspirado a dar un fiel reflejo de las normas de la Directiva. No obstante, ha considerado sensato ofrecer un listado de posibles datos e informaciones que pueden solicitarse y que, a modo estrictamente ejemplificativo, se concretan en los siguientes: 1) la identidad y direcciones de los presuntos infractores; 2) las conductas y prácticas que hubieran sido constitutivas de la presunta infracción; 3) la identificación y el volumen de los productos y servicios afectados; 4) la identidad y direcciones de los compradores directos e indirectos de los productos y servicios afectados; 5) los precios aplicados sucesivamente a los productos y servicios afectados, desde la primera transmisión hasta la puesta a disposición de los consumidores o usuarios finales; y 6) la identidad del grupo de afectados [propuesta de nuevo artículo 283 quater b) 1 LEC]. Este catálogo es expresivo de una realidad clara: estas reglas generales contemplan como destinatarios de las medidas a los potenciales demandados (más que a terceros) y, por ello, su uso cobra sentido, sobre todo, cuando se contempla el ejercicio de acciones resarcitorias independientes, del tipo *stand alone*.

*b) Reglas especiales en relación con las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad nacional de competencia*

**57.** En cambio, cuando se trata del ejercicio de acciones consecutivas o paralelas a un procedimiento administrativo sancionador, las “presas más cotizadas” en el terreno probatorio se hallarán, sin duda, en el expediente de la autoridad nacional de competencia que haya tramitado o ante el que esté aún pendiente el procedimiento en cuestión. Al legislador europeo, en este punto, le preocupa impedir que las peticiones de acceso a fuentes de prueba en poder de las autoridades nacionales de competencia –logradas gracias a la incoación de procedimientos sancionadores– entorpezcan la aplicación pública de las normas sobre defensa de la competencia: sea en sentido literal, pues sería posible una especie de “parasitismo” constante de demandantes privados respecto de expedientes administrativos aún no concluidos; sea en sentido figurado, poniendo en peligro los programas de clemencia,<sup>69</sup> algo que sucedería si la autoridad nacional debiera facilitar sin limitaciones información respecto de la empresa que ha colaborado (surgiría para ésta el riesgo, claramente disuasorio, de verse sujeta, en vía de *private enfor-*

<sup>69</sup> La necesidad de encontrar un equilibrio entre el acceso a los documentos en manos de la Comisión y la preservación de la eficacia de los programas de clemencia ya fue abordada, con prudencia, pero con resultados favorables al primero de los elementos, por el Tribunal de Justicia en la STJUE de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer*, C-360/09 y en la STJUE de 6 de junio de 2013, *Donau Chemie*, C-536/11. Cfr. S. GÓMEZ TRINIDAD, “El sistema de clemencia y el procedimiento judicial civil por daños ante la infracción de las normas de defensa de la competencia”, en A. FONT I RIBAS / B. VILÀ COSTA (dirs.) *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, cit., pp. 167-224; P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “La problemática relación entre los programas de clemencia y la aplicación privada: tratamiento de la información en la Directiva 2014/104/UE”, *InDret*, 2013-1; F. GONZÁLEZ CASTILLA, “Clemencia y aplicación privada: una visión desde las autoridades de competencia”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, cit., pp. 245-259. La opción de la Directiva, como señala H. BROKELMANN, es mucho más “proteccionista” (“La Directiva de daños...”, cit., p. 21).



*cement* a consecuencias económicas muy gravosas, a pesar de evitar o mitigar con su colaboración las sanciones propias del *public enforcement*). Estos objetivos –que conforman una de las líneas más claras de la política legislativa de la Unión Europea en este ámbito– se promueven a través de una serie de reglas, establecidas en la Directiva y que la propuesta de 2015 respeta fielmente:

**58.** Primero. Se establece, antes que nada, una regla básica de subsidiariedad, que impide al tribunal requerir a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes de éstas, salvo que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en una medida razonable, de aportar dichas pruebas [propuesta de nuevo artículo 283 quater c) 10 LEC]. Y se le añade una norma específica sobre ponderación que, además de los ingredientes ordinarios, obliga a tener en cuenta de forma singular ciertos factores a la hora de valorar la proporcionalidad de la medida: a) si la solicitud ha sido formulada específicamente con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de los documentos presentados a una autoridad de la competencia o conservados en los archivos de dicha autoridad, en lugar de mediante una solicitud no específica relativa a documentos facilitados a una autoridad de la competencia; b) si la parte que solicita la exhibición lo hace en relación con una acción por daños ante un órgano jurisdiccional nacional, y c) la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia [propuesta de nuevo artículo 283 quater c) 4 LEC]. Además, la autoridad de la competencia, aunque no sea parte, está facultada para dar su opinión acerca de la solicitud (al fin y al cabo, aunque no sea parte del proceso, sí que es destinataria de la medida y, por ende, protagonista del incidente de acceso a fuentes de prueba): de forma singular se le permite manifestar su punto de vista sobre la proporcionalidad de los requerimientos de exhibición, presentando por propia iniciativa observaciones ante el tribunal llamado a decidir sobre la admisibilidad de dicha exhibición [propuesta de nuevo artículo 283 quater c) 11 LEC]; no será, pues, requerida para ello, pero tendrá margen para hacer alegaciones antes de que el tribunal tome su decisión (lo que requiere que, de algún modo, se le notifique la existencia de la petición).

**59.** Segundo. Se dispone, de forma especial, que hay cierta información o pruebas que no existe el deber de exhibir en tanto no haya terminado el procedimiento ante la autoridad de competencia. Hay, por tanto, una exhibición “diferida” respecto de ciertos elementos del expediente: a) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia; b) la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, y c) las solicitudes de transacción que se hayan retirado [propuesta de nuevo artículo 283 quater c) 5 LEC]. Se trata, en definitiva, de impedir que la información más importante del expediente “circule” o “salga” antes de que el procedimiento haya terminado. Para asegurar el respeto a esta limitación temporal se establece una regla especial de inadmisibilidad probatoria: a pesar de su utilidad y pertinencia, el tribunal civil ante el que trataran de presentarse pruebas que se encuadren en estas categorías no las admitirá si la autoridad de la competencia no ha dado por concluido el procedimiento con la adopción de una decisión o de otro modo [propuesta de nuevo artículo 283 quater d) 2 LEC].<sup>70</sup>

**60.** Tercero. De manera aún más especial, se establece que hay cierta información a la que nunca se tendrá acceso por estos cauces, la relativa a programas de clemencia, cuya difusión podría disuadir a los potenciales “arrepentidos” de seguir cooperando, centrada en dos categorías: a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y b) las solicitudes de transacción [propuesta de nuevo artículo 283 quater c) 6 LEC]. Lo más que podrá hacerse por el demandante en relación con estos datos es solicitar al tribunal que acceda por sí mismo a esos documentos para corroborar que efectivamente tienen ese carácter y que, en consecuencia, la negativa de exhibición amparada en ese motivo se encuentra justificada [propuesta de nuevo artículo 283 quater c) 7 LEC]. De forma análoga a lo que sucede con la

<sup>70</sup> Si la terminación del expediente administrativo se produce durante la pendency del proceso, el óbice a la exhibición y/o a la admisibilidad de las pruebas desaparecerá y, por tanto, podrán solicitarse (si habían sido denegadas) o volver a aportarse (si habían sido inadmitidas) –usando, cuando sea necesario, el expediente de las diligencias finales o las reglas sobre aportación de pruebas en segunda instancia–.

información de exhibición diferida, el respeto a esta regla se refuerza a través de una regla de inadmisibilidad probatoria absoluta [propuesta de nuevo artículo 283 quater d) 1 LEC].

**61.** Cuarto. El acceso, por tanto, sólo resulta posible y sin límite temporal respecto de los documentos preexistentes al expediente y que consten en él [propuesta de nuevo artículo 283 quater c) 9 LEC]. Pero incluso respecto de esta información se establece una reserva adicional: las pruebas que se hayan obtenido exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia sólo podrán ser utilizadas en una acción por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación [propuesta de nuevo artículo 283 quater d) 3 LEC]. No son, por tanto, pruebas que puedan “circular” de un demandante a otro:<sup>71</sup> aunque no se diga expresamente, parece lógico pensar que el respeto a esta regla también se articulará a través de una norma de inadmisibilidad probatoria.

**62.** Quinto. Al margen de las reglas especiales de inadmisibilidad probatoria, la Directiva exige la previsión de un duro régimen de sanciones, que en la propuesta de 2015 se efectúa por remisión a las normas generales sobre acceso a fuentes de prueba [propuesta de nuevo artículo 283 quater e) LEC].

**63.** La lectura de estas disposiciones transmite la impresión general de que el legislador europeo aspira a evitar la tramitación de procesos judiciales paralelos a los procedimientos de aplicación pública del Derecho de la competencia: es esta voluntad la que explica los límites que se imponen para acceder al contenido de los expedientes. La preferencia legal hacia reclamaciones consecutivas es clara, aunque obligue, en la práctica, a una espera para el ejercicio de las pretensiones indemnizatorias: como se ha señalado, el ejercicio anticipado de acciones autónomas sólo tendrá verdadero sentido, en la práctica, cuando al demandante le interese obtener como medida cautelar una rápida cesación de la conducta perjudicial.<sup>72</sup>

## V. La coordinación de procesos judiciales entre sí y con procedimientos sancionadores a cargo de autoridades nacionales de competencia

### 1. Coordinación entre proceso judicial y expediente administrativo sancionador

**64.** Que se quiera potenciar el *private enforcement* del Derecho de la competencia a través de las acciones de daños no significa, ni mucho menos, una renuncia al sistema tradicional de *public enforcement*. Es necesario, por tanto, ser conscientes de la necesidad de abordar de forma coherente la posible interrelación entre las herramientas al servicio de cada uno de estos sistemas. Existe, en este punto, una premisa clara: la existencia de un proceso civil en ejercicio de una acción de daños carece de incidencia sobre un procedimiento administrativo sancionador –con la salvedad, antes señalada, del deber de la autoridad de competencia de suministrar acceso a ciertos documentos e informaciones que consten en el

<sup>71</sup> Como señala agudamente P. MARTORELL ZULUETA, “las pruebas obtenidas de una autoridad de la competencia no pueden ser objeto de comercio” (“La prueba del daño y la aplicación privada de la competencia”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, cit., p. 318).

<sup>72</sup> Como apunta I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “Sobre algunas dificultades...”, cit., pp. 66 y 72; téngase en cuenta, no obstante, que los datos facilitados por F. MARCOS RODRÍGUEZ apuntan precisamente en la dirección contraria: de los 323 casos detectados por el autor, el 94% fueron *stand alone*, mientras que sólo 18 fueron *follow-on*; resulta llamativo, sin embargo, que la tasa de éxito de las acciones *follow-on* fue elevada (en un 66,7% de los casos), mientras que respecto de las *stand alone* fue bastante modesta (fracaso en el 73% de los casos) (“La aplicación privada...”, cit., p. 96). J. ALFARO ÁGUILA-REAL insiste, de hecho, en recordar que todo el esfuerzo normativo desarrollado por las instituciones europeas y nacionales sólo servirá para la mejora de las acciones *follow-on* (“Contra la armonización positiva”, cit., pp. 14-17). En este sentido, cfr. también A. CASADO NAVARRO, “La directiva 2014/104/UE sobre acciones por daños en materia de competencia: una apuesta por las «follow-on actions»”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, cit., pp. 427-450.

expediente—. Pero el proceso civil no paraliza el procedimiento administrativo, ni la eventual sentencia civil ha de tener eventuales repercusiones sobre el desenlace del procedimiento administrativo. Lo que importa, en consecuencia, es determinar cuál es el grado de incidencia que puede tener el procedimiento administrativo respecto del proceso civil. Y esa incidencia importa en la medida en que el procedimiento administrativo y el proceso civil se pueden proyectar sobre una cuestión común: la determinación de la existencia de una infracción a las normas sobre competencia, que es el objeto principal del procedimiento sancionador, pero que integra también uno de los elementos que conforman la causa de pedir de la acción civil de indemnización. Autoridades administrativas y jueces civiles, por tanto, pueden estar llamados a pronunciarse respecto de la misma cuestión, con el consiguiente riesgo de que se llegue a respuestas contradictorias en ambas sedes, un resultado que por sí mismo no es deseable y que el ordenamiento de algún modo debe evitar.

**65.** Hasta la aprobación de la Directiva, la única regla a nivel europeo sobre esta materia era el artículo 16.1 del Reglamento 1/2003, que impide a los tribunales nacionales, cuando se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas anticompetitivas, adoptar resoluciones incompatibles con la que haya sido adoptada por la Comisión<sup>73</sup> y que, como se verá seguidamente, alcanza un nivel mayor de concreción y de extensión en el artículo 9 de la Directiva.<sup>74</sup> A nivel interno, por el momento, las únicas reglas con que contamos al respecto se proyectan sobre dos ámbitos diferentes.

**66.** De un lado, hay que contar con la previsión del artículo 15 bis LEC, introducido a resultas de la aprobación de la LDC de 2007, que contempla la intervención en el proceso civil como *amicus curiae* de la autoridad de competencia (la Comisión Europea, la CNMC o la autoridad autonómica),<sup>75</sup> que les permitirá aportar información o presentar observaciones escritas o verbales sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas pertinentes de defensa de la competencia.<sup>76</sup> De este modo, la autoridad de competencia puede tratar de influir sobre la calificación que pueda hacer el tribunal civil acerca de las conductas atribuidas al demandado o a los demandados; y puede hacerlo, de hecho, aportando pruebas de las que carezca el propio tribunal civil (por no haberlas aportado las partes).<sup>77</sup> Lo peculiar, en este punto, es el derecho que tiene la autoridad nacional de competencia para solicitar del tribunal la remisión de los documentos necesarios para realizar su valoración: el flujo de información del tribunal hacia la autoridad administrativa parece inevitable, en contraste con las limitaciones que se habrán de imponer al flujo inverso.

**67.** De otro, se hallan dos preceptos, también introducidos en la LEC en 2007 en acompañamiento de la aprobación de la LDC, que permiten la suspensión del plazo para dictar sentencia en primera instancia o en apelación, cuando exista un expediente administrativo ante la Comisión Europea o ante la autoridad nacional o autonómica “y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo”; cuando se acuerde esta suspensión, se notificará al órgano administrativo, que a su vez deberá dar traslado de su resolución al tribunal (cfr. arts. 434.3 y 465.6 LEC).

---

<sup>73</sup> Y debe recordarse que, en este punto, el Reglamento “codificó” algo que ya había reconocido el Tribunal de Justicia en la STJUE de 28 de febrero de 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. 1991, p. I-00935 (apartados 47 y ss.); y también en la STJUE de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods*, C-344/98, Rec. 2000, p. I-11369 (apartados 50 y ss., en la que se establece que esa prevalencia debe conducir a la suspensión del proceso judicial nacional en tanto no alcance firmeza la decisión de la Comisión que haya sido impugnada).

<sup>74</sup> Para una adecuada comprensión de la materia resulta imprescindible A.L. CALVO CARAVACA / J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 114-157.

<sup>75</sup> Sobre el precepto, cfr. I. HUALDE LÓPEZ, “Comentario al artículo 15 bis”, en F. CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011. Para hacer posible esta intervención es necesario, en todo caso, que la autoridad de competencia tenga conocimiento de la existencia del proceso o del recurso: a tal fin, el artículo 404.3 LEC ordena al secretario judicial dar traslado a la CNMC de la resolución admitiendo a trámite la demanda y el artículo 461.5 LEC ordena lo mismo respecto de la admisión a trámite del recurso de apelación.

<sup>76</sup> Habrán de hacerlo diez días antes de la celebración del juicio o dentro del plazo de oposición o interposición del recurso interpuesto.

<sup>77</sup> Con la limitación, expresamente establecida en el precepto, de aquellas directamente asociadas a un programa de clemencia.

**68.** Estos dos últimos preceptos, sin embargo, son problemáticos. De entrada, porque otorgan carácter discrecional a la decisión sobre suspensión, lo cual no resultaría plenamente coherente con una eventual voluntad de otorgar eficacia vinculante a la resolución administrativa –algo obligado, de hecho, en virtud del artículo 16 del Reglamento 1/2003, cuando se trata de decisiones de la Comisión–.<sup>78</sup>

**69.** También resulta criticable que retrasen el momento en que resulta posible la suspensión hasta la apertura del plazo para dictar sentencia: y es que si lo relevante para el proceso civil es llegar a saber si en vía administrativa se declaró la existencia de una infracción a las normas de competencia, sería útil que ese dato pudiera manejarse por las partes en el proceso y no sólo quedase a la apreciación del tribunal al dictar sentencia, razón por la cual sería razonable que el tribunal tuviera la potestad de ordenar la suspensión del proceso civil en un momento anterior al actualmente previsto o que, en su defecto, se permitiera la apertura de un turno especial de alegaciones antes del dictado de la sentencia, una vez se levantara la suspensión, para que las partes pudieran expresar su posición acerca del alcance vinculante que ha de darse a la resolución en cuestión.

**70.** Al margen de lo anterior, lo más conflictivo es determinar cuál ha de ser la eficacia que la resolución administrativa ha de tener sobre el proceso civil en suspenso: ¿puede una resolución administrativa desplegar efectos sobre un proceso judicial, al menos en lo relativo a la determinación de si se ha producido o no una infracción de las normas de defensa de la competencia? ¿Puede al menos desplegar esos efectos una sentencia dictada por un tribunal del orden contencioso-administrativo ante el que se haya impugnado la resolución administrativa que haya constatado esa infracción y haya impuesto la sanción correspondiente?<sup>79</sup>

**71.** Un esbozo de respuesta afirmativa podría deducirse del artículo 42.3 LEC, que establece lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en los apartados precedentes, cuando lo establezca la ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra, el Secretario judicial suspenderá el curso de las actuaciones, antes de que hubiera sido dictada sentencia, hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta, en sus respectivos casos, *por la Administración pública competente*, por el Tribunal de Cuentas o por los Tribunales del orden jurisdiccional que corresponda. En este caso, el Tribunal civil *quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados* acerca de la cuestión prejudicial.” El precepto, por tanto, se muestra abierto a ese tipo de vinculaciones, aunque las supedita a la previsión legal –de momento inexistente en el ámbito que nos ocupa– o al acuerdo de las partes –con el que no resulta fácil contar–. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es bien sabido, se ha mostrado tendencialmente favorable a reconocer eficacia vinculante a los pronunciamientos firmes recaídos en el orden contencioso-administrativo respecto de los hechos sometidos después a debate en un proceso civil de reclamación de daños.<sup>80</sup>

**72.** La Directiva y su desarrollo por la propuesta de 2015 aportan una solución algo más clara. El artículo 9 de la Directiva, en consonancia con el artículo 16.1 del Reglamento 1/2003, establece que, en supuestos puramente internos, la resolución firme tendrá efectos vinculantes: la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente debe considerarse *irrefutable* a los efectos de una

<sup>78</sup> Cfr. A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ / J. RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ, “La aplicación del Derecho de la competencia por el juez civil español”, cit., pp. 408-410; y, sobre todo, A.L. CALVO CARAVACA / J. SUDEROW, “El efecto vinculante...”, cit., pp. 124-128.

<sup>79</sup> I. SANCHO GARGALLO ya ofrecía una respuesta afirmativa a esta cuestión antes de la aprobación de la Directiva, en aplicación de las reglas ordinarias sobre eficacia positiva de la cosa juzgada material (“Ejercicio privado...”, cit., pp. 26-27); el problema de esta tesis, a mi juicio, es que las partes de ambos procesos no son idénticas, como exige el artículo 222.4 LEC. Un claro repaso de la situación previa a la Directiva lo ofrece C. HERRERO SUÁREZ, “La transposición de la directiva...”, cit., pp. 165-168.

<sup>80</sup> Cfr. la STS (Sala 1ª) de 7 de noviembre de 2013 (núm. 651/2013), en relación con el llamado “cártel del azúcar”, que establece, sin embargo, una cláusula de salvaguarda: la divergencia podría ser posible si el tribunal civil la hubiera razonado de forma expresa; el criterio se mantuvo, ya sin reservas, en la STS (Sala 1ª) de 9 de enero de 2015 (núm. 634/2014), en el asunto de la explotación de los derechos audiovisuales de partidos de fútbol.

acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional.<sup>81</sup> Aunque se use un circunloquio basado en terminología extraña (“considerar que una constatación es irrefutable”), la atribución de eficacia vinculante es innegable y tiene una consecuencia clara: el tribunal civil, en su sentencia: a) debe tener por ciertos los hechos considerados como ciertos en el procedimiento sancionador y en los que se funde la constatación de la infracción; b) también debe considerar que esos hechos merecen la calificación de infracción a las normas del Derecho de la competencia; en consecuencia, en todo aquello en que la demanda de resarcimiento se funde en esos mismos hechos, habrá vinculación total.<sup>82</sup>

**73.** Para los supuestos transfronterizos<sup>83</sup> la propuesta de 2015 ofrece la misma solución (en la versión del nuevo artículo 75.2 LDC) y opta, con ello, por el llamado “modelo alemán”.<sup>84</sup> De hecho, los términos son más claros: “el tribunal estará vinculado al pronunciamiento declarativo de la infracción hecho en una resolución firme de la autoridad nacional de la competencia de cualquier Estado miembro o de un órgano jurisdiccional competente”. Ha de notarse, como ya se apuntó antes, que el artículo 9.2 de la Directiva no obligaba a tanto<sup>85</sup>: se ha efectuado, pues, una clara apuesta a favor del reconocimiento mutuo y de la confianza en la actuación de las autoridades de competencia y de los tribunales de los demás Estados miembros.<sup>86</sup>

**74.** En cualquier caso, la exigencia de firmeza de la resolución recaída en el procedimiento administrativo resulta clave,<sup>87</sup> pues legitima la decisión legal de imponer a un tribunal civil el criterio al que se ha llegado en un procedimiento administrativo sancionador: si hubo proceso contencioso-administrativo, será una decisión judicial firme la que traslade sus efectos a otro proceso judicial, aunque se tramite ante un órgano de un orden jurisdiccional diferente; y si dicho procedimiento no existió, por falta de recurso, entonces la admisibilidad de la vinculación deriva del propio consentimiento de quien podría verse perjudicado por esa extensión de eficacia.<sup>88</sup>

**75.** La implementación de la Directiva, por tanto, ofrecerá de cara al futuro un parámetro claro: habrá vinculación para el tribunal civil que haya suspendido el proceso si hay firmeza de la resolución recaída en el expediente administrativo sancionador. No la habrá, en cambio, sin firmeza, aunque en esos casos nada impedirá al tribunal civil valorar las resoluciones administrativas o contencioso-administrativas que aún no sean firmes para fundar su decisión acerca de la existencia o no de ilícito concurrencial: pero subsistirá, en todo caso, el riesgo de resoluciones contradictorias, siempre perjudicial para una de las partes, aunque no se pueda saber de antemano cuál. Si se quiere certidumbre, es evidente que será preferible esperar a la firmeza de la resolución que ponga fin al procedimiento admi-

<sup>81</sup> La propuesta de nuevo artículo 75 LDC reproduce de forma casi literal lo dispuesto en la Directiva.

<sup>82</sup> El considerando 34 de la Directiva señala que “[l]os efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los hayan determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones”. Como apunta J.I. RUIZ PERIS, de ello se deduce que la vinculación alcanza tanto a cuestiones jurídicas como fácticas, pero que no puede tener alcance extensivo más allá de los extremos señalados (“Tiempos de cambio...”, cit., p. 45). Con gran minuciosidad, cfr. nuevamente A.L. CALVO CARAVACA / J. SUDEROW, “El efecto vinculante...”, cit., pp. 131-136.

<sup>83</sup> Ha de advertirse, eso sí, de que ha de tratarse de resoluciones dictadas por autoridades de competencia o por tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea. Ni la Directiva ni la propuesta de 2015 abordan la eficacia que ha de otorgarse a las resoluciones dictadas por las autoridades o tribunales de terceros Estados, a pesar de su potencial incidencia práctica (cfr. también en este sentido J.I. RUIZ PERIS, “Tiempos de cambio...”, cit., p. 44).

<sup>84</sup> Cfr. A.L. CALVO CARAVACA / J. SUDEROW, “El efecto vinculante...”, cit., pp. 144-149.

<sup>85</sup> Se conformaba con que los Estados miembros las reconocieran al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, pudiera valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes.

<sup>86</sup> H. BROKELMANN, de hecho, se lamenta de la tibieza de la Directiva en este punto (“La Directiva de daños...”, cit., p. 11). También se muestra crítica S. OROMÍ VALL-LLOBERA, “El ejercicio de acciones...”, cit., p. 110.

<sup>87</sup> En este sentido, cfr. H. BROKELMANN, “La Directiva de daños...”, cit., pp. 8-11; P. CALLOL / M. YUSTE, “La directiva comunitaria...”, cit., pp. 307-308; C. HERRERO SUÁREZ, “La transposición de la directiva...”, cit., pp. 168-169.

<sup>88</sup> Aunque parezca drástico, creo que lo mismo puede decirse en caso de que la ausencia de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa obedezca a la interposición de éste fuera de plazo: se trata de una situación evitable e imputable exclusivamente a quien la padece.

nistrativo: nos hallamos, de nuevo, ante una muestra de la preferencia del sistema hacia las acciones de daños consecutivas.<sup>89</sup>

**76.** Desde el punto de vista procedimental, esta vinculación del tribunal civil respecto de la resolución que recaiga en el procedimiento administrativo puede forzarse a través de lo dispuesto en los artículos 434.3 y 465.6 LEC, que resultan aplicables de oficio por el tribunal –o a instancia de la autoridad nacional de competencia, al amparo del artículo 15 bis LEC<sup>90</sup>–: no puede descartarse, pues, que el juez civil opte por suspender el plazo para dictar sentencia hasta que gane firmeza la resolución que ponga término al procedimiento administrativo sancionador, para poder después atenerse a ella cuando llegue el momento (tendría, en cambio, menos sentido que levantara la suspensión antes de la firmeza).

## 2. Coordinación entre procesos judiciales

**77.** Resulta igualmente posible que una misma conducta infractora de las normas sobre defensa de la competencia determine la incoación de dos o más procesos judiciales, promovidos por perjudicados distintos y/o frente a responsables distintos (debido a la regla general que establece la responsabilidad solidaria de los miembros de un cártel). Tratándose de acciones consecutivas, la eficacia vinculante de la resolución firme recaída al término del procedimiento administrativo debería evitar que pudieran dictarse resoluciones contradictorias, pues debería darse una respuesta uniforme a la cuestión común (la existencia o no de ilícito concurrencial), en tanto que la existencia y extensión del daño de cada demandante dependerá de la realidad que se acredite en cada proceso.

**78.** El riesgo de resoluciones contradictorias existe, en cambio, si las acciones se entablan en ausencia de resolución sancionadora firme –o, incluso, en ausencia de procedimiento administrativo sancionador–, pues pueden recaer pronunciamientos diversos sobre el carácter ilícito de la conducta que está en el origen de los daños alegados. No es esto algo que preocupe expresamente a la Directiva, que en consecuencia confía en los expedientes procesales nacionales destinados a evitar que se produzcan estos desenlaces: en nuestro ordenamiento se trataría primordialmente de la acumulación de procesos (arts. 74 y ss. LEC) y, en su defecto, de la suspensión por prejudicialidad al amparo del artículo 43 LEC.

**79.** Ahora bien, también es posible que la pluralidad de procesos civiles, unida a un abuso de las consecuencias procesales de la solidaridad entre infractores –que excluye el litisconsorcio pasivo necesario–, conduzca a situaciones inaceptables, por exceso o por defecto. La Directiva expresa su preocupación al respecto en su artículo 15, que lleva la rúbrica de “Acciones por daños ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro”. El objetivo de la norma no parece ser evitar la existencia de pronunciamientos incompatibles o contradictorios en términos generales, sino que declaradamente se trata de evitar que las acciones por daños ejercitadas por demandantes de distintos niveles de la cadena de suministro aboquen a una responsabilidad múltiple o a la ausencia de responsabilidad del infractor.<sup>91</sup> La norma, por ello, se halla en relación con el régimen de la repercusión de sobrecostes y el derecho al resarcimiento de los compradores indirectos. Y lo que se dispone es que, a la hora de evaluar si se cumple la carga de la prueba derivada de la aplicación de los preceptos sobre repercusión de sobrecostes (arts. 13 y 14 de la Directiva)<sup>92</sup>, los tribunales deben poder, a través de medios

<sup>89</sup> Esta prevalencia, según se apuntó antes, también se recuerda en el apartado 33 de la Comunicación de la Comisión de 13 de junio de 2013 en materia de acciones colectivas.

<sup>90</sup> Así lo apunta también CABALLOL ANGELATS, “Aspectos procesales de la reclamación...”, cit., p. 34.

<sup>91</sup> Con claridad, cfr. C. HERRERO SUÁREZ, que pone sendos ejemplos de ambas situaciones: habría ausencia de responsabilidad si en el proceso entablado por el adquirente directo se considera acreditada la repercusión de sobrecostes (con la consiguiente desestimación de la demanda) y, por el contrario, se rechazara la repercusión cuando ejerciten la acción los adquirentes indirectos (v.g., consumidores); y, a la inversa, habría exceso de responsabilidad “si se reconoce la existencia de daños plenos tanto al comprador directo como al indirecto” (“La transposición de la directiva...”, cit., p. 180).

<sup>92</sup> La carga de la prueba de la repercusión del sobrecoste corresponde al demandado que la alega como defensa frente al comprador directo; pero corresponde al comprador indirecto que la alega como fundamento de su pretensión frente al infractor.

disponibles en el marco del Derecho de la Unión o en el nacional, tomar en consideración debidamente cualquiera de los siguientes elementos:

- las acciones por daños que estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia, pero hayan sido interpuestas por demandantes situados en otros niveles de la cadena de suministro;
- las resoluciones derivadas de dichas acciones por daños;
- la información pertinente de dominio público derivada de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

Se trata, en definitiva, de que el tribunal civil que conoce de un proceso pueda tener conocimiento de que existen otros procesos en curso y, en su caso, de las resoluciones dictadas en ellos, así como de la información a cuya difusión obligan las propias reglas sobre *public enforcement*.

**80.** Los medios a través de los cuales el tribunal puede llegar a tener conocimiento de dichos extremos no están definidos en la Directiva, que se remite al propio ordenamiento europeo y a los derechos nacionales. Tampoco se especifican en la propuesta de ley de 2015, que ofrece una trasposición del artículo 15 de la Directiva a través de un nuevo artículo 81 LDC, que transcribe literalmente las previsiones de aquél. Una posible vía para ello serán las alegaciones de las partes o la información que remita, como *amicus curiae*, cualquier autoridad de competencia al amparo del artículo 15 bis LEC. En función del momento, podrán utilizarse a tal fin las vías procesales ordinarias o, en último término, la vía extraordinaria del artículo 271.2 LEC, que permite alegar en cualquier momento resoluciones judiciales o administrativas que puedan ser relevantes o decisivas.<sup>93</sup> Además, y al menos respecto del tercero de los elementos (la información pertinente de dominio público derivada de la aplicación pública del Derecho de la competencia), resulta razonable una eventual apreciación de oficio.

**81.** Conocida esa información por el tribunal, podrá ya éste adoptar las medidas necesarias para evitar los peligros descritos en el artículo 15 de la Directiva. Cuando estén pendientes dos o más procesos, la mejor manera de evitar el resultado temido por la Directiva es coordinarlos o conectarlos de algún modo. En supuestos internos, cabe pensar en la acumulación de oficio de procesos conexos, aunque puede resultar difícil de activar si las partes son distintas, a pesar de que la infracción de base sea la misma (v.g., si adquirentes directos e indirectos perjudicados de un cártel demandan en procesos separados a empresas distintas de entre las que lo integraron).<sup>94</sup> En situaciones transfronterizas, la única herramienta posible será la suspensión al amparo del artículo 30 del RB I bis, como advierte de hecho la propia Directiva (art. 15.2). En todo caso, será lícito para el tribunal tener en cuenta el desenlace de otros procesos; es más, a través de este cauce puede aflorar el conocimiento de una situación en que resulte preceptivo aplicar la regla del artículo 9 de la Directiva. De hecho, cuando no haya pendencia simultánea de procesos, bastará con tener en cuenta el resultado de procesos civiles o administrativos anteriores para dar eficacia al mandato del legislador europeo.

## VI. Conclusión

**82.** La litigación en reclamación de daños y perjuicios derivados de infracciones de las normas de competencia es por definición compleja, tanto en su dimensión sustantiva como en la procesal: no sólo por la tecnicidad de la materia, sino por la concurrencia de intereses contrapuestos de muy diversa índole, algunos estrictamente privados, otros tendencialmente públicos. Es absurdo pensar que puede haber soluciones fáciles para los problemas complicados; por eso, no hay más opción que recurrir a pro-

<sup>93</sup> Según el artículo 271.3 LEC, estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia; cuando suceda lo anterior, se dará traslado a las demás partes, para que puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia.

<sup>94</sup> También críticos R. VALLINA / J.A. SANTANA / A. SELLÉS, “Cuantificación del daño...”, cit., p. 289.

puestas y esquemas cada vez más sofisticados –en la acepción más positiva del término–, como los que sin duda recogen la Directiva y la propuesta para su transposición a nuestro ordenamiento. Tal vez por eso la Directiva muestra también una clara preferencia por el ejercicio de acciones consecutivas: al fin y al cabo, aun siendo complejas, lo son menos que las acciones autónomas. Pero, por muy sofisticado que sea el régimen jurídico diseñado, es imposible que el legislador llegue a predecir en textos articulados todos los matices y sutilezas que puede requerir ofrecer la solución más justa en cada caso concreto, tanto a la hora de enjuiciar el fondo, como al dar respuesta a una cuestión procesal, de apariencia tal vez secundaria, pero que puede condicionar de hecho el curso entero del proceso (v.g., la negativa a ordenar la exhibición de información o de pruebas en poder del contrario o de una autoridad de competencia).

**83.** La Directiva –y la norma que finalmente articule su incorporación a nuestro ordenamiento– no ha aspirado a regular de forma exhaustiva todas las cuestiones que pueden suscitar las acciones de daños en materia *antitrust*; es llamativo –aunque tal vez explicable– el silencio en materia de demandas colectivas. En relación con la determinación de los hechos y el acceso a las fuentes de prueba, el sistema se apoya de modo singular en nociones de proporcionalidad, que exigen de los tribunales, desde el inicio, una seria toma de conocimiento de los elementos definidores de la controversia que, sin ser incompatible con el principio dispositivo, comportan una mayor implicación funcional del órgano judicial en el desarrollo del proceso (v.g., valorando principios de prueba para resolver sobre solicitudes de acceso a documentos o requiriendo la intervención de una autoridad de competencia). Lo mismo sucede respecto de la interrelación entre el proceso civil en curso y otros eventuales procesos civiles derivados de la misma conducta infractora, o con expedientes administrativos para la aplicación pública de las normas de competencia: una excesiva rigidez de planteamiento y una eventual cerrazón al contexto en que se desenvuelve el proceso civil son incompatibles con el sistema que pretende desarrollarse con la nueva normativa. Una aplicación correcta del régimen establecido obligará a muchos actores del proceso –y, de modo espacial, a los jueces– a “salir de su zona de confort” en cuanto al modo de afrontar muchas de las decisiones que necesariamente se van a plantear en la preparación o durante el desarrollo del litigio; creo que ahí radica el riesgo, pero también la oportunidad, de cara a una efectiva implantación en nuestro país del sistema de aplicación privada del Derecho de la competencia.



# WHY INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS SHOULD INCLUDE EXPRESS CHOICE-OF-LAW CLAUSES FOR NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS

## POR QUÉ LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DEBERÍAN CONTENER UNA CLÁUSULA DE ELECCIÓN EXPRESA DE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

HOLGER JACOBS

*Research Assistant*

*Johannes Gutenberg University Mainz, Germany*

Recibido: 22.09.2016 / Aceptado: 28.09.2016

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3617>

**Abstract:** International commercial contracts usually include choice-of-law clauses. These clauses are often drafted narrowly, such that they do not cover non-contractual obligations. This article illustrates that, as a result, contractual and non-contractual claims closely linked to the contract risk being governed by different laws. This fragmentation might lead to lengthy and expensive disputes and considerable legal uncertainty. It is therefore advisable to expressly include non-contractual claims within the scope of choice-of-law clauses in international commercial contracts.

**Keywords:** Rome II Regulation, non-contractual obligation, *culpa in contrahendo*, choice-of-law clause, arbitration.

**Resumen:** Los contratos comerciales internacionales suelen contener cláusulas de elección de la ley aplicable. Por lo general, la formulación de estas cláusulas es muy precisa y no extiende su aplicación a las obligaciones extracontractuales. En este artículo se expone que, como consecuencia, se corre el riesgo de que las demandas relativas a obligaciones contractuales y extracontractuales estrechamente vinculadas con el contrato se rijan por ordenamientos jurídicos distintos. Esta fragmentación podría desembocar en procedimientos largos y costosos y generar cierto nivel de inseguridad jurídica. Es entonces conveniente incluir de forma expresa a las obligaciones extracontractuales en el ámbito de aplicación de las cláusulas de elección de la ley aplicable de los contratos comerciales internacionales.

**Palabras clave:** Reglamento Roma II, obligaciones extracontractuales, *culpa in contrahendo*, cláusula de elección de la ley aplicable, arbitraje.

**Summary:** I. Introduction, II. Interests, III. Litigation: Rome II Regulation, 1. Freedom of Choice, 2. Law applicable in the absence of a choice-of-law clause, IV. Arbitration, 1. Freedom of Choice, 2. Law applicable in the absence of a choice-of-law clause, V. Résumé

---

\* A previous version of this article has been published in the journal 'Praxis des Internationalen Privat - und Verfahrensrechts' (IPRax 2015, issue 4, pp. 293-297) in German.

## I. Introduction

1. International commercial contracts usually include choice-of-law clauses. These clauses are often drafted narrowly, such that they do not cover non-contractual obligations. If a dispute arises between the contracting parties, there are, however, usually not only contractual claims, but also non-contractual claims, such as tort or pre-contractual liability (*culpa in contrahendo*). For example, a purchaser could bring a claim that the seller has committed a fraud or has failed to give necessary information about the purchase object. If, in such cases, the choice-of-law clause does not cover non-contractual claims, contractual and non-contractual claims closely linked to the contract risk being governed by different laws. This so-called *dépeçage* typically causes disadvantages for both parties.

After a short description of the interests involved (II.) the following article will show that choice-of-law clauses for non-contractual obligations are necessary in both litigation (III.) and arbitration (IV.). In order to illustrate this, the article will analyse which law a state court in the European Union or an arbitral tribunal would apply in the absence of a choice-of-law clause for non-contractual obligations.

## II. Interests

2. If a legal dispute arises between the contracting parties, there is –at least theoretically– the possibility to avoid a fragmentation of the applicable law by agreeing on the applicable law subsequently. This is provided for by the Rome I Regulation<sup>1</sup>, the Rome II Regulation<sup>2</sup> and by the vast majority of arbitration laws and rules of arbitral institutions.<sup>3</sup> However, in practice, there is only a slim chance to agree on the applicable law *after* the arousal of a dispute.<sup>4</sup> At this stage, there is usually a lack of trust and at least one party would fear that a disadvantage would arise.<sup>5</sup>

3. Nevertheless, from an *ex-ante* point of view, the parties, as a general rule, have a mutual interest to make sure contractual and related non-contractual claims are governed by the same substantive law.<sup>6</sup> There are several reasons for this:

4. *Consistent results*: Unity of the applicable substantive law leads to consistent results.<sup>7</sup> Whereas the law of contractual and non-contractual obligations is usually well coordinated and balanced within the framework of one legal system, there is a high probability of conflicts and inconsistency if two different legal systems are applicable to the same set of facts.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Art. 3(1) Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

<sup>2</sup> Art. 14(1) sentence 1 lit. a Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

<sup>3</sup> Cf. Art. 28(1) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006; Art. 35(1) UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010); Art. 21(1) ICC Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (1 January 2012); G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2nd ed., 2014, p. 2769; S. WILSKE / L. MARKERT, in: V. VORWERK / C. WOLF (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, Munich, C.H. Beck, 20th ed. (last update: 1 march 2016), § 1051 para. 5.

<sup>4</sup> F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 'The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code', *The European Legal Forum*, Issue 3-2007, p. I-82; M. CZEPELAK, 'Concurrent Causes of Action in the Rome I and II Regulations', *Journal of Private International Law*, 2011, 393, 405; J. FRY / S. GREENBERG / F. MAZZA, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, Paris, 2012, p. 220.

<sup>5</sup> Cf. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, (fn 4), p. I-82.

<sup>6</sup> M. WALTER, in: P. OSTENDORF / P. KLUTH (eds.), *Internationale Wirtschaftsverträge*, Munich, C.H. Beck, 2013, § 13 para. 77.

<sup>7</sup> Cf. M. CZEPELAK (fn 4), 401; W. WURMNEST, in: *juris Praxiskommentar BGB*, Saarbrücken, juris, 7th ed., 2014, Art. 4 Rom-II-VO para. 25.

<sup>8</sup> M. CZEPELAK (fn 4), 401; U. SPELSBERG-KORSPETER, *Anspruchskonkurrenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 7; K. SIEHR, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001, p. 408; G. SCHOTTEN / C. SCHMELLENKAMP, *Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*, Munich, C.H. Beck, 2nd ed., 2007, § 3 para. 50.

**5. Legal certainty and predictability:** As soon as the fragmentation leads to inconsistency or an unjust outcome, the question of how the court deals with this issue will arise. For example, it is possible that, on the one hand, a party has no valid contractual claim because the legal system applicable to contractual obligations only grants a tort claim in the specific case. While, on the other hand, there is no valid non-contractual claim, because the legal system applicable to non-contractual obligations resolves the problem by means of its contract law. It is obvious that the result needs to be adjusted, because each legal system would give a right to compensation if it was applicable to all aspects of the case.<sup>9</sup> In detail, however, it is unclear how a court would resolve the problem, since there is a controversy concerning which approach would be preferable.<sup>10</sup>

**6. Legal expertise of the competent court:** In general, parties have a mutual interest to agree on a choice-of-forum and a choice-of-law clause, which guarantee that the competent court applies its own law (*lex fori*).<sup>11</sup> Then again, if the court seised has to apply a foreign law to non-contractual obligations, it will, as a rule, require the assistance of experts.<sup>12</sup> This might cause severe legal uncertainty, e.g. because the necessity of translations bears the risk of distorted outcomes and there is no guarantee a qualified expert is always available.<sup>13</sup>

**7. Time and cost factor:** Obviously, the proof of a foreign law also increases the costs and duration of the proceedings.<sup>14</sup>

### III. Litigation: Rome II Regulation

**8.** If tort claims or *culpa in contrahendo* claims are brought before a state court in the European Union,<sup>15</sup> the applicable law is determined by the Rome II Regulation, unless the matter is excluded from the scope of the Regulation.

#### 1. Freedom of Choice

**9.** Art. 14 Rome II Regulation principally<sup>16</sup> grants party autonomy, and thus gives the parties the right to choose the law applicable to non-contractual obligations. If both parties are pursuing a commercial activity, they can agree on the applicable law before the event giving rise to the damage occurs, provided that the choice-of-law agreement is freely negotiated (lit. b).

**10.** It is unclear whether clauses that - according to a literal understanding - only cover contractual obligations (e.g. 'This contract shall be governed by [...] law.') can be interpreted in a way so that they also encompass non-contractual obligations closely linked to the contract. This is *prima facie*

<sup>9</sup> Cf. J. v. HEIN, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Volume 10, Munich, C.H. Beck, 6th ed., 2015, Einleitung zum Internationalen Privatrecht, paras. 242 et seq.; T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg et al., C.F. Müller, 4th ed., 2012, paras. 561 et seq.; G. KEGEL / K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, Munich, C.H. Beck, 9th ed., 2004, § 8; M. CZEPELAK (fn 4), 403.

<sup>10</sup> Cf. J. v. HEIN, in: *MüKo-BGB* (fn 9), Einl. IPR, paras. 254 et seq.; see also: P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 238 et seq.

<sup>11</sup> W. DÖSER, *Vertragsgestaltung im internationalen Wirtschaftsrecht*, Munich, C.H. Beck, 2001, p. 55; H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Munich, C.H. Beck, 6th ed. 2014, para. 232.

<sup>12</sup> R. FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, 2nd ed. 2015, para 20.07; J. v. HEIN, in: *MüKo-BGB* (fn 9), Einl. IPR, para. 297; H. SCHACK (fn 11), para. 232.

<sup>13</sup> R. FENTIMAN (fn 12), paras. 20.14, 20.48 et seq.; G. BORN (fn 3), p. 2744.

<sup>14</sup> R. FENTIMAN (fn 12), para. 6.06; H. SCHACK (fn 11), Rn. 232.

<sup>15</sup> An exception is the Kingdom of Denmark since it is not bound by the Rome II Regulation (Recital 40 Rome II Regulation). The United Kingdom and Ireland on the other hand take part in the adoption and application of the Rome II Regulation (Recital 39 Rome II Regulation).

<sup>16</sup> Exceptions in Art. 6(4) and Art. 8(3) Rome II Regulation.

supported by the parties' mutual interest in avoiding the application of different substantive laws (see above: II.). If, however, the choice-of-law clause on the one hand and the choice-of-forum clause on the other hand have a different wording - which is often the case - there is a strong indication that their scopes differ.<sup>17</sup> For example, if the choice-of-forum clause covers not only disputes arising 'out of' but also 'in connection with' the contract, whereas the choice-of-law clause provides that 'the contract shall be governed',<sup>18</sup> it implies that the scope of the choice-of-law clause is narrower. In the absence of further indications, the mutual interest to avoid a fragmentation will usually not justify an interpretation contrary to the letter of the clause.

## 2. Law applicable in the absence of a choice-of-law clause

**11.** If there is no (valid) agreement on the law applicable to non-contractual obligations, it has to be determined by the objective conflict-of-law rules of the Rome II Regulation. If, for instance, the purchaser claims that he has been deceived by the seller about attributes of the purchase object, and he raises both contractual and non-contractual claims, a question of concurrence arises. Many legal orders such as Germany allow an accumulation of claims based on sales law, *culpa in contrahendo* and tort. On the other hand, there is the *non-cumul* principle in French law, which rejects the accumulation of contractual and non-contractual claims.<sup>19</sup> The European Private International Law as a system does not follow the *non-cumul* principle. This can be seen, for example, from the 'mere existence' of Art. 4(3) Rome II Regulation.<sup>20</sup> Accordingly, a concurrence of different European conflict-of-law rules is possible in principle.

**12.** Keeping that in mind and focusing on the question of whether Art. 4 Rome II Regulation, Art. 12 Rome II Regulation or both are applicable in case of fraudulent behaviour during contract negotiations, it should be emphasised that the terms 'tort' and '*culpa in contrahendo*' in the Rome II Regulation have to be interpreted autonomously.<sup>21</sup> Recital 30 of the Rome II Regulation provides a certain assistance in that regard. It notes that:

(...) Article 12 covers only non-contractual obligations presenting a direct link with the dealings prior to the conclusion of a contract. This means that if, while a contract is being negotiated, a person suffers personal injury, Article 4 or other relevant provisions of this Regulation should apply.

**13.** But while Recital 30 seems to give a clear differentiation between Art. 4 Rome II Regulation and Art. 12 Rome II Regulation at first glance, it actually just exemplarily lists cases which are covered by one or the other. Rather, the Recital offers neither a precise differentiation, nor any evidence for exclusivity of the conflict rules.<sup>22</sup> According to most scholars, Art. 4 Rome II Regulation is applicable if the claim is based on a breach of general rules of conduct, whereas Art. 12 Rome II Regulation covers claims that are contract-related.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Cf. E. GAILLARD / J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague et al., Kluwer Law International, 1999, para. 1531.; M. CZEPELAK (fn 4), 407: 'This will usually call for a clarification of the scope of the choice-of-law clause in a contract.'

<sup>18</sup> See for example: W. DÖSER (fn 11), p. 181: 'This Agreement shall be governed by the laws of the Federal Republic of Germany to the exclusion of its rules of conflicts of law. All disputes arising out of or in connection with this Agreement, including disputes over its validity or that of this Section, shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce [...].'

<sup>19</sup> M. CZEPELAK (fn 4), 402 et seq.; I. BACH, in: P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation*, Munich, Sellier, 2011, Art. 1 para. 18.

<sup>20</sup> I. BACH (fn 19), Art. 1 para. 18 footnote 25.

<sup>21</sup> Cf. Recital 30 Rome II Regulation; see also: ECJ Case C-189/87 - *Kalfelis v. Schröder* [1988] ECR I-5565 paras. 15 et seq.

<sup>22</sup> Cf. D. JAKOB / P. PICT, in: T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Munich, Sellier, Volume III, 4th ed 2016, Art. 12 Rom-II-VO para. 11; P. BEAUMONT / P. MCELEAVY, in: A.E ANTON, *Private International Law*, Edinburgh, W. Green, 3rd ed. 2011, para. 14.220.

<sup>23</sup> D. JAKOB / P. PICT (fn 22), Art. 12 Rom-II-VO paras. 9 et seq.; J. LÜTTRINGHAUS, 'Das internationale Privatrecht der culpa in contrahendo nach den EG-Verordnungen „Rom I“ und „Rom II“', *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)* 2008, 193, 197 et seq.; For the different approaches see: M. HOCKE, 'Der Anknüpfungsgegenstand von Art. 12 Rom II-VO', *IPRax* 2014, 305, 306.

**14.** What can be learned from this distinction is unclear. Does it only define the scope of Art. 12 Rome II Regulation or does it also imply a rule of concurrence? In other words, is it possible that Art. 12 Rome II Regulation and Art. 4 Rome II Regulation apply to the same claim, based on the same breach of duty? Neither the system of the regulation nor the wording draw the inevitable logical conclusion that Art. 4 Rome II Regulation and Art. 12 Rome II Regulation are exclusive.<sup>24</sup> The obligation, not to commit a fraud, can be described as a general rule of conduct, while, at the same time, it can be contract-related, when the deception occurs during contract negotiations.<sup>25</sup> Thus, it is unclear whether Art. 12 Rome II Regulation, Art. 4 Rome II Regulation or both apply to a claim based on a fraud during contract negotiations. Even if one takes the view that Art. 4 Rome II Regulation and Art. 12 Rome II Regulation are exclusive, it must be highlighted that this is controversial and there are different approaches to the question of concurrence of European conflict-of-law rules in general and Art. 4 Rome II Regulation and Art. 12 Rome II Regulation in particular.<sup>26</sup>

**15.** Since Art. 4 Rome II Regulation and Art. 12 Rome II Regulation provide different connecting factors, the question of which provision is applicable can be crucial. While Art. 12(1) Rome II Regulation uses an accessory connecting factor which leads to the application of the law which governs the contract, Art. 4(1) Rome II Regulation refers to the law of the state in which the damage occurred (*lex loci damni*). Pursuant to Art. 4(3) sentence 1 Rome II Regulation, there is an exemption of the *lex loci damni* rule if the tort is manifestly more closely connected to another country. As a so-called ‘escape clause’ (see Recital 18) Art. 4(3) sentence 1 Rome II Regulation must be interpreted narrowly and it is only applicable under exceptional circumstances.<sup>27</sup> A closer connection is not sufficient. The tort has to be *manifestly* more closely connected to another country. As an example of a close connection, Art. 4(3) sentence 2 Rome II Regulation names a pre-existing legal relationship between the parties which is closely linked to the tort. In the case of fraud or failure to provide necessary information during contract negotiations, however, there is usually no pre-existing legal relationship in terms of Art. 4(3) sentence 2 Rome II Regulation because the contract is not yet concluded.<sup>28</sup> The ongoing contract negotiations constitute a mere factual relationship, which is not relevant within the scope of Art. 4(3) sentence 2 Rome II Regulation.<sup>29</sup> Thus, Art. 4(3) sentence 2 Rome II Regulation does not apply in these situations and only Art. 4(3) sentence 1 Rome II Regulation with its high requirements can provide for unity of the applicable contractual and non-contractual law.

**16.** As a consequence, it cannot be ruled out that a court might apply the *lex loci damni* rule of Art. 4(1) Rome II Regulation to non-contractual claims related to the contract. In the absence of a choice-of-law clause which expressly includes non-contractual claims, it is therefore not ensured that disputes arising out of or in connection with the contract are subject to the same substantive law.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> U. SPELSBERG-KORSPIETER (fn 8) p. 38.

<sup>25</sup> See for a similar constellation: R. FENTIMAN (fn 12), para. 6.71: ‘[...] and the non-contractual obligation which founds the claim also exists as an obligation under the contract.’; Dissenting opinion: D. JAKOB / P. PICHT (fn 22), Art. 12 Rom-II-VO paras. 15 et seq.

<sup>26</sup> U. SPELSBERG-KORSPIETER (fn 8) pp. 8 et seq.; H. STOLL, ‘Materielle Anspruchskonkurrenz und Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsstatut im internationalen Privatrecht’, in: *Balancing of Interests - Liber Amicorum Peter Hay*, Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft, 2005, pp. 403 et seq.; R. PLENDER / M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, London, Sweet & Maxwell, 3<sup>rd</sup> ed., 2009, paras. 2-056 et seq.; M. CZEPELAK (fn 4), 394 et seq.; M. HOCKE (fn 23), 306 et seq.; R. FENTIMAN (fn 12), para. 6.36.

<sup>27</sup> A. DICKINSON, *The Rome II Regulation*, Oxford University Press, 2008, paras. 4.84 et seq.; R. PLENDER / M. WILDERSPIN (fn 26), para. 18-100; C. OKOLI / G. ARISHE, ‘The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation’, *Journal of Private International Law*, 2012, 513, 536.

<sup>28</sup> Cf. R. FENTIMAN (fn 12), para. 6.38; M. LEHMANN, in: R. HÜSSTEGE / H.-P. MANSEL (eds), *Nomoskommentar Rom-Verordnungen*, Baden-Baden, Nomos, Volume 6, 2<sup>nd</sup> ed. 2015, Rom II Art. 4 para. 160; J. v. HEIN, in: G.-P. CALLIÈS (ed.), *Rome Regulations*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> ed. 2015, Rome II, Art. 4 para. 67; K. SIEHR, ‘Geldwäsche im IPR - Ein Anknüpfungssystem für Vermögensdelikte nach der Rom II-VO’, *IPRax* 2009, 435, 437.

<sup>29</sup> M. LEHMANN (fn 28), Rom II Art. 4 para. 157; G. WAGNER, ‘Die neue Rom II-Verordnung’, *IPRax* 2008, 1, 6; D. JAKOB / P. PICHT (fn 22), Art. 12 Rom-II-VO para. 17; A. JUNKER, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Volume 10, Munich, C.H. Beck, 6th ed., 2015, Rom-II-VO, Art. 4 para. 54 with further references also to the dissenting opinion.

<sup>30</sup> M. GEBAUER, in: R. HÜSSTEGE / H.-P. MANSEL (eds.) (fn 28), Rom II Art. 14 para. 10.

## IV. Arbitration

17. The prerequisite for a non-contractual claim to be arbitrable is that it falls within the scope of the arbitration clause. A broad arbitration clause (e.g. ‘All disputes arising out of or in connection with this contract...’), however, usually covers non-contractual claims related to the contract.<sup>31</sup>

### 1. Freedom of Choice

18. It is widely recognised that it is possible for parties to choose the law applicable to non-contractual obligations for arbitral proceedings (at least if all parties are pursuing a commercial activity).<sup>32</sup> In general, arbitral tribunals tend to interpret choice-of-law clauses broadly.<sup>33</sup> Even if the wording of the clause is limited to the contract itself, arbitral tribunals sometimes assume that the parties intended to cover all legal obligations closely linked to the contract.<sup>34</sup> However, if the choice-of-law clause is drafted more narrowly than the arbitration clause,<sup>35</sup> it is, again, doubtful whether an extensive interpretation of the choice-of-law clause is possible (see above chapter III. 1.).<sup>36</sup> Furthermore, legal uncertainty arises out of the fact that there is no unitary approach to interpretation of contracts in international commercial arbitration.<sup>37</sup> Thus, an express choice-of-law clause for non-contractual obligations can provide for legal certainty and predictability.

### 2. Law applicable in the absence of a choice-of-law clause

19. In the absence of a choice-of-law clause for non-contractual obligations, arbitral tribunals often tend to take a pragmatic approach and apply the law that governs the contract to associated non-contractual obligations as well.<sup>38</sup> There is, however, no legal certainty in this regard.

20. Firstly, it is often unclear which conflict-of-law rule an arbitral tribunal would apply in the absence of a choice-of-law agreement. Following Art. 28(2) of the UNCITRAL Model Law,<sup>39</sup> many

<sup>31</sup> S. BALTHASAR, in: *International Commercial Arbitration*, Munich et al., C.H. Beck et al., 2016, § 1 para 32; E. GAILLARD / J. SAVAGE (fn 17), para. 524; J. McLAUGHLIN, ‘Arbitrability: Current Trends in the United States’, *Arbitration International*, Vol. 12, No 2 [1996], 113, 130; see also: *Fiona Trust & Holding Corp v. Yuri Pralov*, UKHL 2007, 40; I. WELSER / S. MOLITORIS, ‘The Scope of Arbitration Clauses – Or “All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract”’, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2012, vol. 17, p. 17; W. SADOWSKI / E. WĘTRYŚ, ‘The arbitration clause in an underlying contract and non-contractual claims arising in connection with such contract’, *Arbitration e-Review*, No. 3-4 (18-19)/2014 p. 6.

<sup>32</sup> Cf. G. BORN (fn 3), p. 2739; E. GAILLARD / J. SAVAGE (fn 17), paras. 1421 et seq.; N. SCHMIDT-AHRENDT, in: J. NEDDEN / A. HERZBERG, *Praxiskommentar ICC-SchO/DIS-SchO*, Cologne, Dr. Otto Schmidt, 2014, Art. 21 ICC-SchO paras. 24-26; W. VOIT, in: H.-J. MUSIELAK / W. VOIT (eds.), *ZPO*, Munich, Vahlen, 13th ed., 2016, § 1051 para. 3; S. WILSKE / L. MARKERT, in: *BeckOK-ZPO* (fn 3), § 1051 para. 7; Dissenting opinions prior to the Rome II Regulation: H. KRONKE, ‘Internationale Schiedsverfahren nach der Reform’, *RIW* 1998, 257, 262; A. JUNKER, ‘Neuere Entwicklungen im Internationalen Privatrecht’, *RIW* 1998, 741, 745.

<sup>33</sup> G. BORN (fn 3), p. 2743.

<sup>34</sup> G. BORN (fn 3), p. 2743; see also: H. GRIGERA NAÓN, *Choice-Of-Law Problems in International Commercial Arbitration*, Collected Courses, The Hague Academy of International Law, Volume 289 (2001), pp. 262 et seq.

<sup>35</sup> This unfavourable deviation of wordings might, for example, be a consequence of following the advice given by the ICC. The ICC-website suggests the following standard arbitration clause: ‘All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.’ It then says: ‘The parties may also wish to stipulate in the arbitration clause: the law governing the contract (...).’ (Emphasis added), <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/standard-icc-arbitration-clauses/>>.

<sup>36</sup> Cf. *Valdese Weavers, Inc v. Highland Fabrics, Inc.*, 2009 WL 4726641 (W.D.N.C.); *Ritchie Enterprises v. Honeywell Bull, Inc.*, 730 F. Supp. 1041 (D. Kan. 1990); E. GAILLARD / J. SAVAGE (fn 17), para. 1531.

<sup>37</sup> Cf. G. CORDERO-MOSS, ‘Interpretation of Contracts in International Commercial Arbitration: Diversity on More than One Level’, *European Review of Private Law* 1-2014, 13.

<sup>38</sup> H. GRIGERA NAÓN (fn 34), p. 263.

<sup>39</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006: Art. 28(2) reads: ‘Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.’

states have put the selection of the applicable conflict-of-law rules at the tribunals' discretion.<sup>40</sup> This means that the tribunal may apply an existing conflict-of-law rule or invent a new one.<sup>41</sup>

**21.** Furthermore, if the arbitration proceedings take place in the European Union, it is controversial if and to what extent the Rome II Regulation shall be taken into account. According to one school of thought, the arbitral tribunal is bound by the Rome II Regulation,<sup>42</sup> whereas the prevailing view is that national arbitral laws are applicable.<sup>43</sup> However, many of those who take the view that national conflict-of-law rules are applicable take the Rome II Regulation into account in applying the national conflict-of-law rules.<sup>44</sup> This is not very helpful in terms of predictability of the applicable law because it remains unclear what conclusion an arbitral tribunal would reach when taking the Rome II Regulation into consideration without being bound by it.

**22.** Secondly, many conflict-of-law rules that arbitral tribunals apply put the selection of the applicable law at the tribunals' discretion. It is, therefore, very difficult to predict which law it will apply to non-contractual claims.<sup>45</sup> For example, pursuant to Art. 21(1) sentence 2 of the Rules of Arbitration of the ICC,<sup>46</sup> the tribunal applies the rules of law which it determines to be appropriate. These are not necessarily the rules of law that are objectively appropriate<sup>47</sup> and it is uncertain which criteria will be taken into account and how they will be weighted. In particular, there is a risk that the close connection to the contract will not be considered at all. According to the Secretariat's Guide to ICC Arbitration the question of which law governs non-contractual claims should be considered separately from the question of which law governs contractual claims.<sup>48</sup>

**23.** Even with non-discretionary conflict-of-law rules, such as Section 1051(2) of the German Code of Civil Procedure, according to which the tribunal shall apply the law of the state to which the subject matter of the proceedings has the closest ties, it is difficult to predict which criteria will be considered to be decisive.

**24.** That is why there is a risk of non-contractual obligations being subject to a law different from the law chosen by the parties for their contract in arbitration.

## V. Résumé

**25.** Since the applicable conflict-of-law rules in litigation and arbitration do not ensure that contractual and related non-contractual obligations are always governed by the same law, parties of interna-

<sup>40</sup> G. BORN (fn 3), pp. 2620 et seq.

<sup>41</sup> E. GAILLARD / J. SAVAGE (fn 17), para. 1550.

<sup>42</sup> P. MANKOWSKI, 'Rom I-VO und Schiedsverfahren', *RIW* 2011, 30, 30 ff. with further references.

<sup>43</sup> M. NUEBER, 'Nochmals: Schiedsgerichtsbarkeit ist vom Anwendungsbereich der ROM I-VO nicht erfasst', *SchiedsVZ* 2014, 186, 187 et seq.; S. SCHILF, 'Römische IPR-Verordnungen – Kein Korsett für internationale Schiedsgerichte', *RIW* 2013, 678, 678 et seq.; A. GRIMM, 'Applicability of the Rome I and II Regulations to International Arbitration', *SchiedsVZ* 2012, 189, 189 et seq.; N. SCHMIDT-AHRENDTS / P. HÖTTLER, 'Anwendbares Recht bei Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland', *SchiedsVZ* 2011, 267, 269 et seq. with further references.

<sup>44</sup> N. SCHMIDT-AHRENDTS / P. HÖTTLER (fn 43), 271; R. GEIMER, in: ZÖLLER, *ZPO*, Cologne, Dr. Otto Schmidt, 31st ed. 2016, § 1051 para. 5; W. VOIT (fn 32), § 1051 para. 7; I. SAENGER, in: I. SAENGER (ed.), *ZPO*, Baden-Baden, Nomos, 6th ed, 2015, § 1051 para. 5; S. WILSKE / L. MARKERT, in: *BeckOK-ZPO* (fn 3), § 1051 para. 3.

<sup>45</sup> Cf. T. DE BOER, *Choice of Law in Arbitration Proceedings*, Collected Courses, The Hague Academy of International Law, Volume 375 (2015), pp. 79 et seq.

<sup>46</sup> National conflict-of-law rules are regularly precluded if the parties have chosen the rules of an arbitral institutions which include an own conflict of law rule (e.g. Art. 21 of the Rules of Arbitration of the ICC): N. SCHMIDT-AHRENDTS (fn 32), Art. 21 ICC-SchO para. 7.

<sup>47</sup> N. SCHMIDT-AHRENDTS (fn 32), Art. 21 ICC-SchO para. 36.

<sup>48</sup> J. FRY / S. GREENBERG / F. MAZZA (fn 4), p. 225: 'Also, non-contractual claims (e.g. pre-contractual misrepresentation) may be governed by a law other than the law governing any contractual claims. An arbitral tribunal should consider the question of which law governs non-contractual claims separately from the question of which law governs contractual claims.'

tional commercial contracts should expressly include non-contractual obligations within the scope of their choice-of-law clause.<sup>49</sup> It should be clarified specifically that the clause covers related non-contractual obligations which arose prior to the conclusion of the contract. Furthermore, the choice-of-law clause should be coordinated with the choice-of-forum clause or arbitration clause. By following this advice, parties can achieve a higher degree of legal certainty and foreseeability and avoid expensive and costly disputes.

---

<sup>49</sup> Cf. G. WAGNER (fn 29), 6; V. LAND, 'Rechtsfragen des internationalen Unternehmenskaufs', *Betriebs-Berater (BB)* 2013, 2697, 2699; M. WALTER, in: P. OSTENDORF / P. KLUTH (fn 6), § 13 para. 77; P. OSTENDORF, 'Die Wahl des auf internationale Wirtschaftsverträge anwendbaren Rechtsrahmens im Europäischen Kollisionsrecht: Rechtswahlklauseln 2.0', *Internationales Handelsrecht (IHR)* 2012, 177, 177 and 180.



# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL TRIBUNAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL FRANCÉS

## A FEW CONSIDERATIONS REGARDING THE FRENCH COURT OF CASSATION AND THE CIVIL APPEAL IN CASSATION

IBON HUALDE LÓPEZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Navarra*

Recibido 12.01.2017 / Aceptado 20.01.2017  
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3618>

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto analizar, por un lado, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) de Francia, que es el órgano situado en la cúspide de la organización judicial de este país, por encima de los tribunales de primera instancia y de los tribunales de apelación. Así, se explica la estructura del tribunal casacional, que tiene seis salas de carácter permanente, divididas en secciones, y ciertas salas «especiales»; y la composición de dicho órgano jurisdiccional, con alusión a los magistrados que lo integran y al resto de funcionarios que hacen posible su correcto funcionamiento. Y, por otro lado, el recurso de casación (*pourvois en cassation*), haciéndose referencia a su origen y evolución, así como a los criterios que determinan su admisión. Finalmente, se da cuenta del reciente informe provisional (*rapport d'étape*) presentado, a instancias del primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), por la comisión de reflexión (*commission de réflexion*) encargada de conducir el estudio prospectivo relativo a la reforma de este órgano jurisdiccional; y de los debates y críticas procedentes de los distintos sectores de la comunidad jurídica francesa.

**Palabras clave:** Tribunal de casación, salas y secciones, magistrados, recurso de casación, criterios de admisión, proyecto de reforma.

**Abstract:** This paper aims at analyzing, on the one hand, the Court of Cassation (*Cour de cassation*) of France, which is the organ located at the apex of the national judicial system, above the courts of first instance and the courts of appeal. Thus, it details the structure of the Court of Cassation, comprised of six permanent chambers, which are divided into sections, as well as certain «special» chambers. It also explains the composition of the Court, as regards the justices who serve on it, in addition to other officers who make possible its proper functioning. On the other hand, the article deals with the «appeal in cassation» (*pourvois en cassation*), with reference to its origin and evolution, as well as the criteria applied when deciding whether or not to grant review. Finally, the paper gives notice of the recent interim report (*rapport d'étape*) submitted, at the request of the first president of the Court of Cassation (*premier président de la Cour de cassation*), by the reform commission (*commission de réflexion*) tasked with conducting the prospective study concerning the reform of this court. The article additionally provides an overview of the related debates and criticisms coming from various sectors of the French legal community.

**Keywords:** Court of Cassation, chambers and sections, justices, appeal in cassation, admission criteria, draft reform.

**Sumario:** I. El Tribunal de casación (*Cour de cassation*). 1. Estructura. 2. Composición. II. El recurso de casación (*pourvois en cassation*). 1. Origen y desarrollo. A) La casación en la Francia feudal. B) La casación en el Antiguo Régimen francés. C) La casación tras la Revolución francesa. D) Evolución posterior. E) Asunción en España. 2. Criterios de admisión. A) Resoluciones recurribles. B) Motivos de impugnación. 3. El «procedimiento de rechazo no especialmente motivado» (*procédure de rejet non spécialement motivé*). III. El proyecto de reforma. IV. Anexo: datos estadísticos sobre casos presentados y resueltos (2010-2015). 1. Casos presentados y resueltos en el ámbito civil. 2. Casos presentados y resueltos en el ámbito penal.

## I. El Tribunal de casación francés (*Cour de cassation*)

### 1. Estructura

1. El Tribunal de casación (*Cour de cassation*) es el órgano situado en la cúspide de la organización judicial francesa, integrada por tres niveles de tribunales. En la base de dicha organización se encuentran los tribunales de primera instancia, que conocen por primera vez de la generalidad de los asuntos que puedan plantearse en el ámbito judicial. Por encima están los tribunales de apelación, que resuelven los recursos planteados frente a las resoluciones de los tribunales de primera instancia. Estos dos tipos de órganos jurisdiccionales se conocen como tribunales de instancia. Y, según se acaba de señalar, en la cúpula se halla el Tribunal de casación (*Cour de cassation*), que no constituye un tribunal ordinario ni una tercera instancia. Este órgano está dividido en seis salas (*chambres*), que tienen carácter permanente, cinco de ellas civiles y una penal<sup>1</sup>.

Por tanto, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no tiene atribuciones en el ámbito constitucional<sup>2</sup> ni administrativo<sup>3</sup>. Tres de sus salas están especializadas en Derecho civil: la primera (*première chambre civile*) en temas relativos a Derecho de las personas, contratos civiles, arbitraje y Derecho internacional privado<sup>4</sup>; la segunda (*deuxième chambre civile*) en seguros, responsabilidad delictual, procedimiento y seguridad social<sup>5</sup>; y la tercera (*troisième chambre civile*) en temas de naturaleza inmo-

<sup>1</sup> Vide artículo 421-3 de la parte reglamentaria (*partie réglementaire*; en adelante R.) del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*; en adelante COJ). Como explica L. CADIET, «El sistema de casación francesa», *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa*, coord. M. ORTELLS RAMOS, Difusión Jurídica, Madrid, 2008, p. 23, si la competencia de la sala de lo criminal se determina por la ley, y primero por el código procesal penal, las atribuciones de las salas civiles se determinan mediante decisión (*ordonnance*) del primer presidente (*premier président*), tras contar con el parecer del fiscal del tribunal casacional (art. R. 431-2 COJ).

<sup>2</sup> En Francia el órgano jurisdiccional encargado de interpretar la Constitución y valorar la adecuación a la misma de las demás normas es el denominado Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*).

<sup>3</sup> Las atribuciones en materia administrativa corresponden al Consejo de Estado (*Conseil d'État*).

<sup>4</sup> Así, esta sala examina los recursos de casación en materia de nacionalidad, Derecho de las personas y la familia, educación, propiedad y derechos reales mobiliarios, obligaciones y contratos civiles, con la excepción de arrendamientos de inmuebles y ventas inmobiliarias, así como de responsabilidad de arquitectos, empresarios y promotores, ya que de estos asuntos conoce la sala tercera; contratos matrimoniales y regímenes matrimoniales; contratos comerciales cuando una parte ha elegido la vía civil; asociaciones, cooperativas agrícolas y contratos de integración agrícola; sucesiones, donaciones, testamentos, particiones y liquidaciones; Derecho internacional privado; arbitraje interno e internacional; separación de poderes; disciplina y responsabilidad de abogados y funcionarios públicos y ministeriales, salvo cuando esa responsabilidad se deriva de la actividad de asesor fiscal; responsabilidad disciplinaria de peritos judiciales; colegios profesionales y profesiones organizadas en lo que concierne a su organización, funcionamiento y gestión; sociedades civiles profesionales; agentes inmobiliarios; propiedad literaria y artística; legislación en materia de protección de consumidores; expoliación; daños de guerra; daños y perjuicios; requisiciones; Derecho de la prensa.

<sup>5</sup> En concreto, la citada sala juzga asuntos en casación sobre responsabilidad delictual, de procedimiento civil y vías de ejecución, gastos judiciales y honorarios de abogados; solicitudes de remisión por sospecha legítima; huérfanos de guerra; casación en materia electoral, salvo en lo que concierne a las elecciones profesionales internas en la empresa, que competen a la sala laboral; indemnización de ciertas víctimas de daños corporales resultantes de una infracción; mantenimiento en detención de extranjeros; endeudamiento; repatriados; honorarios de abogados y tarifas de funcionarios ministeriales; peritos judiciales; seguridad social (incluidos accidentes de trabajo); seguros terrestres y de la navegación de recreo, con la excepción del seguro de la construcción.

liaria<sup>6</sup>. Junto a estas salas civiles en sentido estricto, hay una sala especializada en temas mercantiles y financieros (*chambre commerciale et financière*)<sup>7</sup>, otra en Derecho laboral (*chambre sociale*)<sup>8</sup> y la última en Derecho penal (*chambre criminelle*)<sup>9</sup>. Como promedio cada una de estas salas está integrada por unos quince miembros: un presidente de sala (*président de chambre*), consejeros (*conseillers*), consejeros referendarios (*conseillers référendaires*), uno o varios fiscales (*avocats généraux*) y un secretario de justicia (*greffier*), a los que se hará referencia en líneas posteriores<sup>10</sup>.

2. Dentro de las distintas salas del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) existen una o varias secciones<sup>11</sup>. Es el presidente de cada sala quien vincula a los jueces a una de las distintas secciones. Así, las salas primera, segunda, tercera y cuarta tienen dos, la quinta tres y la sexta cuatro secciones. La composición de las distintas secciones de las salas civiles es variable, tres o cinco magistrados, dependiendo de que la admisibilidad del recurso de casación interpuesto sea o no evidente<sup>12</sup>. La existencia de secciones se debe a que la experiencia demuestra que las deliberaciones con más de una decena de magistrados son complicadas y poco productivas. El inconveniente de tal fragmentación de las salas conlleva una multiplicación del riesgo de jurisprudencia contradictoria entre las secciones de una misma sala. Además, los recursos de casación suelen estar fundamentados en varios motivos, pudiendo competir la resolución de alguno de ellos a determinada sala y la de otro/s a una sala distinta. En este sentido, es frecuente que un motivo se refiera a una cuestión de derecho procesal civil, normalmente de competencia de la sala segunda, y otro motivo en una cuestión de fondo cuya resolución corresponda a otra sala<sup>13</sup>.

3. Conviene destacar la posibilidad legalmente prevista de remisión a una sala, que recibe la denominación de «mixta» (*chambre mixte*), de asuntos que planteen alguna cuestión que afecte a la competencia de varias salas o sea susceptible de recibir soluciones divergentes ante las mismas. No obstante, tal remisión debe hacerse necesariamente en caso de empate en la votación en el seno de la sala que ha conocido primeramente del recurso<sup>14</sup>. Por otro lado, hay que advertir que la sala ante la que se ha interpuesto un recurso de casación tiene la posibilidad de consultar o solicitar la opinión de otra sala sobre algún aspecto jurídico que entre dentro de la competencia de esta última<sup>15</sup>. Pero este procedimiento

<sup>6</sup> De esta manera, dicha sala resuelve casos presentados en casación sobre arrendamientos de vivienda, arrendamientos comerciales, arrendamientos rústicos, expropiaciones, propiedad inmobiliaria (reivindicación, servidumbres, deslinde, mediería); acciones posesorias, ventas de inmuebles, parcelación y concentración; copropiedad; contratos de empresa y de trabajo responsabilidad de arquitectos, empresarios y promotores; hipotecas y privilegios inmobiliarios, publicidad inmobiliaria; construcción; sociedades civiles inmobiliarias; promoción inmobiliaria; seguro de la construcción.

<sup>7</sup> Al respecto, compete a esta sala juzgar en casación asuntos en materia de procesos colectivos (insolvencia, quiebra judicial, liquidación de bienes, suspensión provisional de procesos, saneamiento y liquidación judicial de empresas); en materia de sociedades comerciales y otras personas jurídicas de derecho comercial; sociedades civiles, con exclusión de las sociedades civiles inmobiliarias correspondientes a la sala tercera, y sociedades civiles profesionales y cooperativas agrícolas que entran dentro del conocimiento de la sala primera. La sala comercial es igualmente competente en materia de efectos de comercio, banca y bolsa, obligaciones y contratos comerciales (fianza comercial, fondos de comercio, profesiones comerciales), en materia de transporte de mercancías por carretera, aire, ferrocarril o transportes fluviales). También conoce de asuntos de Derecho marítimo y seguros marítimos, propiedad industrial (patentes, marcas, falsificaciones), de Derecho de la competencia y de la competencia desleal; asuntos en materia de Derecho fiscal (registro y aduana); y en materia de empresas de prensa.

<sup>8</sup> Pues bien, la mencionada sala conoce de recursos de casación en el ámbito del Derecho del trabajo, incluido el Código de trabajo marítimo (*Code du travail maritime*); elecciones en materia social y profesional internas de la empresa.

<sup>9</sup> Cfr. J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, 5ª ed., Dalloz, París, 2015, pp. 59 y 60.

<sup>10</sup> Cfr. L. CADIET, «El sistema de...», *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, op. cit., p. 23.

<sup>11</sup> Vide artículo R. 421-3 COJ del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>12</sup> De conformidad con el artículo 431-1 de la parte legislativa (*partie législative*; en adelante L.) del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*), los asuntos sometidos a una sala civil son examinados por una sección de tres magistrados, que, con voz deliberativa, conforman una sección reducida. No obstante, si la resolución sobre la admisibilidad del recurso de casación no está clara, se reenvía su examen a la denominada audiencia de la sala (*audience de la chambre*), integrada por cinco magistrados, que constituyen una sección ordinaria. Cfr. L. CADIET, «El sistema de...», *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, op. cit., p. 24.

<sup>13</sup> Cfr. J.F. WEBER, *La Cour de cassation*, 9ª ed., La documentation Française, París, 2010, pp. 65 y 70.

<sup>14</sup> Vide artículo L. 431-5 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>15</sup> Vide artículo 1015-1 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*; en adelante CPC).

no es utilizado muy frecuentemente. En realidad, lo que ocurre es que cada sala, convencida de la pertinencia de su solución, pretende mantenerla. Ello da lugar a una inseguridad jurídica que perjudica a los litigantes y empaña la imagen del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), cuya misión es asegurar la unidad de la interpretación del Derecho en toda la República francesa<sup>16</sup>.

4. Junto a las salas mixtas (*chambres mixtes*), en el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) hay una sala especial y solemne llamada asamblea plenaria (*assemblée plénière*), que está presidida por el primer presidente (*premier président*) o, en caso de impedimento, por el más antiguo de los presidentes de sala; e integrada por los presidentes y decanos de las salas (*présidents et doyens des chambres*), así como por un consejero (*conseiller*) de cada sala<sup>17</sup>. La remisión de un asunto a la asamblea plenaria (*assemblée plénière*) puede ser ordenada, con carácter facultativo, cuando el asunto plantee una «cuestión de principio» (*question de principe*), especialmente, si existen soluciones divergentes entre los órganos jurisdiccionales inferiores (*juges du fond*)<sup>18</sup> o entre estos y el Tribunal de casación (*Cour de cassation*)<sup>19</sup>.

Pero tiene carácter obligatorio cuando, después de la anulación de una primera resolución, la decisión emitida por el órgano jurisdiccional remitente es impugnada por los mismos motivos<sup>20</sup>; es decir, cuando el asunto haya dado lugar a un segundo recurso con igual fundamentación. Las resoluciones emanadas de la asamblea plenaria (*assemblée plénière*) tienen, respecto al tribunal de reenvío, fuerza vinculante sobre los aspectos de Derecho a los que se refieren en el concreto caso que se le ha planteado. Por ello, el tribunal de reenvío no puede hacer una interpretación de la ley distinta a la realizada por la asamblea plenaria (*assemblée plénière*). No obstante, esa fuerza vinculante no alcanza a otros litigios que puedan surgir con posterioridad sobre la misma cuestión jurídica, pudiendo el juez del fondo interpretar la norma aplicable de una forma diversa<sup>21</sup>.

5. También en el seno del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) existe otra sala especial conocida como la sala de dictámenes (*chambre des avis*), creada por Ley de 15 de mayo de 1991<sup>22</sup>. Esta sala está presidida por el primer presidente (*premier président*) o, en caso de impedimento, por el presidente de sala (*président de chambre*) más antiguo<sup>23</sup>; e integrada por los presidentes de sala y dos consejeros nombrados por cada una de las salas afectadas, lo que supone la intervención de, al menos, nueve magistrados. Su misión es puramente consultiva, no decisoria, y tiene por objeto la emisión de un dictamen, dirigido a los tribunales del fondo (*juges du fond*) solicitantes de la consulta, sobre una nueva cuestión de derecho que presente una seria dificultad y se plantee en numerosos litigios<sup>24</sup>.

El procedimiento, de gran flexibilidad, para pedir un dictamen a la sala de dictámenes (*chambre des avis*) está regulado en el Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*)<sup>25</sup>. La

<sup>16</sup> J.F. WEBER, *La Cour...*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>17</sup> *Vide* artículos L. 421-5 y R. 431-12 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*). Asimismo, la asamblea plenaria (*assemblée plénière*) no puede constituirse si todos los miembros que la componen no están presentes. En caso de impedimento de uno de ellos, el primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*) o el presidente de sala (*président de chambre*) que le supla designará por ordenanza un sustituto perteneciente a la misma sala que el miembro al que va a reemplazar (arts. L. 431-8 y R. 431-13 COJ).

<sup>18</sup> Los «jueces del fondo» (*juges du fond*) pueden ser tanto los órganos jurisdiccionales de primera como de segunda instancia.

<sup>19</sup> Esta posibilidad se extendió a finales de la década de los setenta para favorecer un pronto desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de casación (*Cour de cassation*).

<sup>20</sup> *Vide* artículo L. 431-6 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*). Por último, la remisión de un asunto a una sala mixta (*chambre mixte*) o a la asamblea plenaria (*assemblée plénière*) se resuelve por ordenanza no motivada del primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), por decisión no motivada de la sala encargada de la causa o por requerimiento del procurador general (art. L. 431-7 COJ). Y, cuando la remisión es ordenada por la asamblea plenaria (*assemblée plénière*), el órgano jurisdiccional remitente debe aceptar la decisión que emita aquella sobre las cuestiones jurídicas juzgadas (art. L. 431-4 COJ).

<sup>21</sup> *Cfr.* L. CADIET, «El sistema de...», *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

<sup>22</sup> *Loi n° 91-491 du 15 mai 1991*.

<sup>23</sup> *Vide* artículo L. 441-2 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>24</sup> *Vide* artículo L. 441-1 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>25</sup> *Vide* artículos 1031-1 a 1031-7 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*). Como señala C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, IRJS Éditions, Paris, 2011, el objeto de este

solicitud de consulta, que tiene carácter facultativo para los jueces del fondo, da lugar a que esa sala emita un dictamen en los tres meses siguientes a la recepción del expediente. Hasta la emisión de dicho dictamen, que es objeto de comunicación a las partes, se prorroga el plazo para el dictado de una resolución sobre el fondo del asunto. El dictamen, que se publica en el Boletín de sentencias del Tribunal de casación (*Cour de cassation*)<sup>26</sup>, no tiene fuerza vinculante ni para el tribunal solicitante de la consulta ni para otros tribunales ante los cuales puedan plantearse con posterioridad las mismas cuestiones. En la práctica, sin embargo, no es probable que el tribunal solicitante se aparte del contenido del dictamen, que sirve a la doble finalidad de fortalecer la seguridad jurídica, evitándose controversias derivadas de la incertidumbre en la aplicación de nuevas disposiciones legales; e imprimir celeridad en el desarrollo de los procesos<sup>27</sup>.

6. Además, hay que mencionar otras dos entidades de naturaleza administrativa que se constituyen en el ámbito del Tribunal de casación (*Cour de cassation*): el denominado *Bureau de la Cour de la cassation* y las llamadas Asambleas generales (*Assemblées générales*). El *Bureau de la Cour de la cassation* tiene su origen en la costumbre del primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*) de reunir a los presidentes de sala (*présidents de chambre*) y al procurador general (*procureur général*) para organizar el trabajo de dicho órgano jurisdiccional<sup>28</sup>; y está compuesta por los citados sujetos, el primer abogado general (*premier avocat général*) de rango más elevado y dos primeros abogados generales (*premiers avocats généraux*) designados por el procurador general (*procureur général*), con la asistencia del secretario-jefe (*directeur de greffe*)<sup>29</sup>. Entre otras atribuciones, determina por deliberación las materias en cuyo ámbito es competente en virtud de leyes y reglamentos<sup>30</sup>; fija el número y la duración de las audiencias<sup>31</sup>; emite un dictamen sobre la designación del presidente y los miembros del Servicio de ayuda jurisdiccional (*Bureau d'aide juridictionnelle*)<sup>32</sup>; elabora la lista de nacional de peritos<sup>33</sup>; y, en el ámbito penal, designa a los tres magistrados del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) que integran la Comisión nacional de reparación de detenciones» (*Commission nationale de réparation des détentions*)<sup>34</sup>.

Por su parte, las Asambleas generales (*Assemblées générales*) son convocadas en el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) por el primer presidente (*premier président*) cuando el Ministro de Justicia (*Ministre de la Justice*) consulta a ese órgano jurisdiccional sobre los proyectos de ley u otras cuestiones de interés público<sup>35</sup>. También se constituyen para designar a los miembros del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) que van a representar al mismo en el Tribunal de Conflictos (*Tribunal des conflicts*)<sup>36</sup>. Las Asambleas generales (*Assemblées générales*) están presididas por el primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*) o, en caso ausencia o impedimento de este, por el presidente de sala (*président de chambre*) con rango más elevado<sup>37</sup>. Los miembros de la Fiscalía de este órgano jurisdiccional participan en las Asambleas generales (*Assemblées générales*)

---

procedimiento (*procédure d'avis*) es anticipar el momento de la intervención del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) en el proceso de interpretación de la norma («l'objet de la procédure d'avis est d'anticiper le moment d'intervention de la Cour de cassation dans le processus d'interprétation de la norme»).

<sup>26</sup> Asimismo, de acuerdo con el artículo 1031-6 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*), la sala de dictámenes (*chambre des avis*) puede acordar la publicación del dictamen en el Boletín Oficial de la República Francesa (*Journal officiel de la République française*).

<sup>27</sup> Cfr. L. CADJET, «El sistema de...», *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, op. cit., pp. 28 y 29; J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, op. cit., pp. 74 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, op. cit., p. 63.

<sup>29</sup> Vide artículo R. 421-2 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>30</sup> Vide artículo R. 421-2 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>31</sup> Vide artículo R. 431-4 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>32</sup> Vide artículos 11 y 20 del Decreto núm. 91-1266 de 19 de diciembre de 1991 y R. 411-7 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>33</sup> Vide artículo 2 de la Ley núm. 71-498 de 29 de junio de 1971.

<sup>34</sup> Vide artículo 149-3 del Código de Procedimiento Penal (*Code de procédure pénale*; en adelante CPP).

<sup>35</sup> Vide artículo R. 435-2 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>36</sup> Vide artículo 25 de la Ley de 24 de mayo de 1872.

<sup>37</sup> Vide artículo R. 435-1 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

con voz deliberativa<sup>38</sup>. Finalmente, el Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*) prevé que se levante acta de las Asambleas generales (*Assemblées générales*) del Tribunal de casación (*Cour de cassation*)<sup>39</sup>.

## 2. Composición

7. Respecto a la composición del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), hemos de partir del hecho de que en el mismo desarrollan su actividad más de 600 funcionarios públicos. De conformidad con el Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*), dicho órgano jurisdiccional está integrado por su primer presidente (*premier président*), los presidentes de sala (*présidents de chambre*), los consejeros (*conseillers*), los consejeros referendarios (*conseillers référendaires*), los auditores (*auditeurs*), el procurador general (*procureur général*), los primeros abogados generales (*premiers avocats généraux*), los abogados generales (*avocats généraux*), los abogados generales referendarios (*avocats généraux référendaires*), los secretarios-jefe (*directeurs de greffe*) y los secretarios de sala (*greffiers de chambre*)<sup>40</sup>. Y a todos ellos hay que sumar, además, su respectivo personal administrativo.

8. De manera más concreta, dentro del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) hay que distinguir, por un lado, los magistrados (*magistrats*), que son más de doscientos cincuenta. Conviene realizar una precisión de carácter general, ya que en Francia el término «magistrats» agrupa dos categorías distintas de funcionarios: los denominados *magistrats du siège* y los *magistrats debout*. Los *magistrats du siège* son los «clásicos» jueces encargados de administrar justicia a través del correspondiente proceso, disfrutan del beneficio de la inamovilidad y por su independencia vela el Consejo Superior de la Magistratura (*Conseil Supérieur de la Magistrature*)<sup>41</sup>. En cambio, los *magistrats debout*<sup>42</sup>, integrantes del Ministerio Fiscal, se encuentran bajo el control del poder político y son quienes representan y defienden los intereses de toda la colectividad, pudiendo intervenir en todas las jurisdicciones<sup>43</sup>.

Entre los *magistrats du siège* está su primer presidente (*premier président*)<sup>44</sup>, los presidentes de sala

<sup>38</sup> Vide artículo 2 de la Ordenanza de 18 de abril de 1841.

<sup>39</sup> Vide artículo R. 435-3 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>40</sup> Vide artículo R. 421-1 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*).

<sup>41</sup> El significado del término francés «siège» se corresponde con el español «silla» o «asiento», lo que da a entender que los «magistrats du siège» desarrollan su actividad ordinaria en el tribunal «sentados» («assis»).

<sup>42</sup> El significado del término francés «debout» se corresponde con el español «de pie», por el hecho de que intervienen de este modo en los estrados de la sala de vistas. También se les conoce como «magistrats du Ministère Public» o «magistrats du parquet». Sobre el Ministerio Fiscal, vide L. CHARBONNIER, «Ministère public et Cour Suprême», *Juris-Classeur Périodique*, I, núm. 3532, 1991.

<sup>43</sup> Por ejemplo, en el ámbito penal, ante la comisión de un delito, tienen la posibilidad de promover un proceso y de ejercitar la acción penal.

<sup>44</sup> El primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*) es nombrado por el presidente de la República francesa, a proposición del Consejo Superior de la Magistratura (*Conseil Supérieur de la Magistrature*), igual que los demás *magistrats du siège*; y tiene numerosas atribuciones administrativas y disciplinarias, además de jurisdiccionales. Entre otras, preside las Asambleas generales (*Assemblées générales*) del Alto Tribunal (art. R. 435-1 COJ), así como sus salas, cuando lo estime conveniente (art. R. 121-2 y R. 431-1 COJ), la sala mixta (art. L. 421-4 COJ), la asamblea plenaria (art. L. 421-5 COJ) y la sala de dictámenes o consultiva (art. L. 441-2). No obstante, en caso de impedimento del primer presidente (*premier président*), la sala mixta (*chambre mixte*), la asamblea plenaria (*assemblée plénière*) y la sala de dictámenes o consultiva (*chambre des avis*) son presididas por el presidente de sala (*président de chambre*) de más edad. El primer presidente (*premier président*) reparte los asuntos entre las distintas salas y adscribe a las mismas a los *magistrats du siège* (art. L. 121-3 COJ). Igualmente, puede hacer que un determinado litigio entre dentro del conocimiento de la sala mixta (art. L. 431-7 COJ) y designar las salas y magistrados que deben integrar aquella (art. R. 431-11); remitir una controversia a la asamblea plenaria (art. L. 431-7 COJ); resolver la aplicación a un recurso de casación del procedimiento de urgencia, según establece el artículo 1009 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*). Además, controla la administración de la Biblioteca del Tribunal de Casación (art. R. 429-9 COJ) y tiene bajo su autoridad el Servicio de documentación, estudios e informes de este órgano jurisdiccional (arts. R. 433-1 COJ); preside el consejo de administración de la Escuela Nacional de la Magistratura (École nationale de la magistrature; vide Decreto núm. 72-355, de 4 de mayo de 1972) y el Consejo Superior de la Magistratura (*Conseil Supérieur de la Magistrature*), cuando se sigue un procedimiento disciplinario frente a algún *magistrat du siège* (vide Ordenanza de 22 de diciembre de 1958).

(*présidents de chambre*)<sup>45</sup>, los consejeros (*conseillers*)<sup>46</sup>, los consejeros en servicio extraordinario (*conseillers en service extraordinaire*)<sup>47</sup>, los consejeros referendarios (*conseillers référendaires*)<sup>48</sup> y los auditores (*auditeurs*)<sup>49</sup>; y entre los *magistrats debout* se encuentra el procurador general (*procureur général*)<sup>50</sup>, los

<sup>45</sup> Los presidentes de sala (*présidents de chambre*) se nombran por decreto del Presidente de la República a proposición del Consejo Superior de la Magistratura (*Conseil Supérieur de la Magistrature*). En ausencia del presidente de sala (*président de chambre*) o, en su caso, del primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), las audiencias de cada una de las seis salas de dicho órgano son presididas por el presidente de sección de mayor rango o, en su defecto, por el consejero (*conseiller*) de mayor rango (art. R. 431-1 COJ). En el ámbito civil, entre otras funciones, designa al consejero (*conseiller*) que va a actuar como ponente en cada asunto (art. 1012 CPC) y debe informar a las partes de los posibles recursos e invitarles a presentar observaciones en el plazo que fije (art. 1015 CPC). *Vide* J.P. ANCEL, «Président de chambre à la Cour de cassation», *Justice et cassation*, 2005, p. 109.

<sup>46</sup> El Decreto de 19 de marzo de 1810 otorga a los jueces del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) el título de «consejero» (*conseiller*). Son también nombrados por decreto del presidente de la República, a proposición del Consejo Superior de la Magistratura (*Conseil Supérieur de la Magistrature*), entre los presidentes de sala (*présidents de chambre*) de los tribunales de apelación o abogados generales (*avocats généraux*). En este sentido, el artículo 39 de la ordenanza de 22 de diciembre de 1958 establece que ningún magistrado puede ser nombrado como miembro del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) si no es o ha sido presidente de sala (*président de chambre*) de un tribunal de apelación o abogado general (*avocat général*). Su misión fundamental consiste en informar sobre los asuntos que le son confiados por el presidente de la sala a la que se encuentran vinculados o, en su caso, por el primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), si el litigio ha dado lugar a la constitución de una sala mixta o asamblea plenaria (arts. R. 431-14 COJ y 1012 CPC).

<sup>47</sup> El cuerpo de consejeros en servicio extraordinario (*conseillers en service extraordinaire*) fue creado por Ley Orgánica núm. 92-189 de 25 de febrero de 1992. Se trata de consejeros (*conseillers*) de origen no judicial, elegidos entre personas que acrediten haber desarrollado durante veinticinco años una actividad profesional que les cualifique especialmente para ejercer funciones judiciales en el Tribunal de casación (*Cour de cassation*). El número de consejeros en servicio extraordinario no puede exceder de la décima parte de los consejeros de dicho órgano y tienen idénticas atribuciones que los demás consejeros, con la diferencia de que su mandato se limita a ocho años, sin posibilidad de renovación.

<sup>48</sup> La Ley de 3 de julio de 1967 añadió los consejeros referendarios (*conseillers référendaires*) a la lista de «*magistrats de siège*» integrantes del Tribunal de casación (*Cour de cassation*). De conformidad con la Ordenanza de núm. 58-1270 de 22 de diciembre de 1958, son nombrados por decreto del Presidente de la República por un periodo de diez años, a proposición del Ministro de Justicia (*Ministre de la Justice*) y previa consulta al Consejo Superior de la Magistratura (*Conseil Supérieur de la Magistrature*). La participación de estos magistrados, dentro de la sala a la que sean adscritos por el primer presidente (*premier président*) del órgano casacional (arts. L. 121-3 y R. 121-1 COJ), tiene naturaleza meramente consultiva (*voix délibérative*). Con este mismo tipo de participación pueden ser llamados, por orden de antigüedad en sus funciones, a completar la sala a la que pertenecen (art. L. 431-3 COJ). Aunque carecen de voto, pueden contribuir a la elaboración de la doctrina jurisprudencial de la misma. Por otro lado, se prevé que, también a designación del primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), participen en el funcionamiento del Servicio de documentación, estudios e informes (*Service de documentation, des études et du rapport*) de este órgano jurisdiccional (art. R. 433-1 COJ).

<sup>49</sup> Los auditores (*auditeurs*) desarrollan funciones administrativas, básicamente, en el ámbito del Servicio de documentación, estudios e informes del Tribunal de casación (*Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation*), pueden asistir a las audiencias de las salas y, a petición del procurador general (*procureur général*) y con su acuerdo, el primer presidente (*premier président*) podrá delegar a los auditores para realizar funciones distintas a las del ministerio público. Esta autorización es por un período de un año renovable (art. R. 421-7 COJ).

<sup>50</sup> El procurador general (*procureur général*) asume la jefatura del Ministerio Público (*chef du parquet*) y, como tal, se le confían todas las funciones correspondientes a esta institución. También los primeros abogados generales (*premiers avocats généraux*), los abogados generales (*avocats généraux*) y los abogados generales referendarios (*avocats généraux référendaires*) participan en el ejercicio de dichas funciones, siempre bajo la dirección del procurador general (art. R. 432-1 COJ). De hecho, es el procurador general (*procureur général*) quien distribuye a esos otros funcionarios a las distintas salas del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) y a los distintos servicios de la Fiscalía, pudiendo modificar en todo momento tal distribución (art. R. 432-2 COJ). En la práctica, son los abogados generales (*avocats généraux*) quienes, en nombre del procurador general (*procureur général*), toman la palabra (*portent la parole*) en las audiencias de las salas a las que se encuentran vinculados. En los asuntos importantes las conclusiones del primer abogado general (*premier avocat général*), abogado general (*avocat général*) o abogado general referendario (*avocat général référendaire*) son comunicadas al procurador general (*procureur général*); y, si este no las aprueba y aquellos persisten en ellas, el procurador general (*procureur général*) puede delegar en otro fiscal (*magistrat du parquet*) o puede intervenir él mismo en la audiencia (art. R. 432-3 COJ). En todo caso, el procurador general (*procureur général*) es quien toma la palabra en las audiencias de las salas mixtas (*chambres mixtes*) y de la asamblea plenaria (*assemblée plénière*), igual que en las Asambleas generales (*Assemblées générales*) del tribunal casacional (art. L. 432-1 COJ). No obstante, en la práctica la función de intervenir ante las salas mixtas (*chambres mixtes*) y la asamblea plenaria (*assemblée plénière*) suele ser delegada en un primer abogado general (*premier avocat général*). Por otro lado, ante un impedimento de larga duración de un abogado general (*avocat général*), el primer presidente (*premier président*) y el procurador general (*procureur général*) pueden, por decisión conjunta, delegar en un consejero (*conseiller*) las funciones de abogado general (art. L. 432-4 COJ). Y también puede el procurador general (*procureur général*), cumpliendo ciertas formalidades, imponer la constitución de una sala mixta (*chambre mixte*) o el tratamiento de un asunto en asamblea plenaria (*assemblée plénière*), cuando lo juzgue conveniente (art. L.

primeros abogados generales (*premiers avocats généraux*)<sup>51</sup>, los abogados generales (*avocats généraux*)<sup>52</sup>, los abogados generales en servicio extraordinario (*avocats généraux en service extraordinaire*)<sup>53</sup> y los abogados generales referendarios (*avocats généraux référendaires*)<sup>54</sup>.

Por otro lado, junto a los magistrados, en el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) también desarrollan su actividad otra clase de funcionarios, entre los que se encuentran los secretarios generales de este tribunal (*secrétaires généraux de la Cour de cassation*)<sup>55</sup> y aquellos que se integran en una serie de servicios anexos como el Servicio de documentación, estudios e informes (*Service de documentation et d'études de la Cour de Cassation*)<sup>56</sup> o la Biblioteca del Tribunal de Casación (*Bibliothèque de*

---

431-7 COJ). Además, en el ámbito civil, tiene la facultad de recurrir ante el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) en interés de la ley las resoluciones judiciales que no son atacadas por las partes en el plazo fijado, así como por exceso de poder (*excès de pouvoir*), con ciertos requisitos (arts. 17 y 18 de la Ley núm. 67-523 de 3 de julio de 1967); y por violación de la ley en el ámbito penal (arts. 572, 620 y 621 CPP), entre otras atribuciones. Finalmente, en caso de impedimento, el procurador general (*procureur général*) será reemplazado en sus funciones por un primer abogado general (*premier avocat général*) designado por aquel o, en su defecto, por el más antiguo de los primeros abogados generales (art. L. 432-2 COJ).

<sup>51</sup> Los primeros abogados generales (*premiers avocats généraux*) se encuentran jerárquicamente subordinados al procurador general (*procureur général*) y son vinculados por este a una de las salas del tribunal casacional (art. R. 432-2 COJ). En realidad no tienen atribuciones distintas a las de los abogados generales (*avocats généraux*), pero, en caso de impedimento del procurador general (*procureur général*), será reemplazado por un primer abogado general (*premier avocat général*) nombrado por aquel o, en su defecto, por el primer abogado general (*premier avocat général*) de más antigüedad (art. L. 432-2 COJ). Igual que los abogados generales (*avocats généraux*), toman la palabra (*portent la parole*), en nombre del procurador general (*procureur général*), en las salas a las que se encuentran afectos, pudiendo ser designados por este para hacerlo también ante las otras formaciones del tribunal casacional (art. L. 432-3 COJ).

<sup>52</sup> Según se ha apuntado ya, los abogados generales (*avocats généraux*) son quienes, junto a los primeros abogados generales (*premiers avocats généraux*), toman la palabra (*portent la parole*), en nombre del procurador general (*procureur général*), en las salas a las que se encuentran afectos (arts. L. 432-3 y R. 432-2 COJ).

<sup>53</sup> Los abogados generales en servicio extraordinario (*avocats généraux en service extraordinaire*) pueden ser nombrados, de conformidad con las condiciones establecidas en la Ley Orgánica núm. 92-189 de 25 de febrero de 1992, si justifican, al menos, veinticinco años de actividad profesional, no pudiendo exceder su número de la décima parte del total de los *magistrats du parquet* del Tribunal de casación (*Cour de cassation*).

<sup>54</sup> La creación de la figura de los abogados generales referendarios (*avocats généraux référendaires*) deriva de la Ley núm. 2007-287 de 5 de marzo de 2007. Sus funciones son análogas a las de los abogados generales (*avocats généraux*), salvo en lo que respecta a la intervención en las formaciones no permanentes del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) como las salas mixtas (*chambres mixtes*) y las asambleas plenarias (*assemblées plénières*). Se encuentran bajo la dirección del primer abogado general (*premier avocat général*) de la sala a la que se encuentren vinculados.

<sup>55</sup> En el pasado la institución de los secretarios generales del Tribunal de casación (*secrétaires généraux de la Cour de cassation*) no ha sido objeto de una regulación uniforme, sino que se encontraba dispersa en distintos textos legales, en virtud de los cuales se atribuía el cargo de secretario general a dos magistrados, uno vinculado al Ministerio Fiscal y el otro a la presidencia de aquel órgano jurisdiccional. Después se comenzó a unificar la regulación de dicha institución a través del Decreto núm. 53-1018 de 16 de octubre de 1953, lo que culminó en el Decreto núm. 75-329 de 28 de abril de 1975. Aún posteriormente, el Decreto núm. 2002-349 de 8 de marzo de 2002 encargaba a dos magistrados la Secretaría general de Tribunal de casación (*Cour de cassation*). Aunque esta norma fue derogada por el Decreto núm. 2007-1663 de 26 de noviembre de 2007, la institución perdura. Pues bien, dentro de la misma hay que distinguir un secretario general afecto al Ministerio Fiscal (*secrétaire général du parquet*), que colabora directamente con el procurador general (*procureur général*) en las tareas que el mismo le confíe. No obstante, este también es asistido por un secretario-jefe (*directeur de greffe* o *greffier en chef*), que no es un magistrado, y tiene encomendada la dirección de los servicios administrativos de la Fiscalía y la responsabilidad de su funcionamiento (art. R. 123-3 y 123-4). Igualmente, existe un secretario general del primer presidente del tribunal casacional (*secrétaire général de la première présidence*), que interviene en diversos ámbitos, por ejemplo, al decidir sobre la urgencia de una casación o el reenvío de determinado asunto a una sala mixta (*chambre mixte*). También se ocupa de la gestión del presupuesto, entre otras materias, siendo, a su vez, auxiliado en sus funciones por dos secretarios generales adjuntos (*secrétaires généraux adjoints*).

<sup>56</sup> Esta institución, que se encuentra bajo la autoridad del primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), está dirigida por un presidente de sala (*président de chambre*), quien ejerce tales funciones de dirección a tiempo completo. Se compone de los auditores (*auditeurs*) de dicho órgano jurisdiccional, que actualmente son once. Igualmente, los consejeros referendarios (*conseillers référendaires*) vinculados a una sala pueden, a decisión del primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), participar en los trabajos del Servicio de documentación, estudios e informes (*Service de documentation, des études et du rapport*). Entre sus funciones, reúne los elementos de información relevante para el trabajo del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), llevando a cabo la investigación necesaria, y clasifica metódicamente todas las solicitudes de casación presentadas, lo que permite dirigirlas a las distintas salas, dependiendo de la naturaleza de la cuestión planteada, en evitación de jurisprudencia contradictoria entre las mismas (art. R. 433-2 COJ); y establece los medios de documentación de los que ese órgano jurisdiccional ha de disponer para tener el debido conocimiento de su propia jurisprudencia como una base de datos de resoluciones judiciales (art. R. 433-3 COJ), dos boletines mensuales, uno



la *Cour de Cassation*)<sup>57</sup>; los denominados *greffiers*<sup>58</sup>; los auxiliares de justicia (*auxiliaires de justice*)<sup>59</sup> y los que trabajan en la Oficina de ayuda jurisdiccional (*Bureau d'aide juridictionnelle*)<sup>60</sup>. Todos ellos, junto al cuerpo de magistrados (*magistrats*), hacen posible el correcto funcionamiento de dicho órgano jurisdiccional<sup>61</sup>.

## II. El recurso de casación francés (*pourvois en cassation*)

### 1. Origen y evolución

#### A) La casación en la Francia feudal

9. Los antecedentes de la casación parecen encontrarse en la Francia feudal<sup>62</sup>, donde comienza a configurarse como un instrumento en poder del monarca para obtener, en defensa de su interés y no de los particulares, la anulación de las sentencias emanadas de los Parlamentos (*Parlements*)<sup>63</sup> por violación de los mandatos reales. Así, la posibilidad de anular las referidas sentencias de los Parlamentos (*Parlements*) constituye, en su origen, una prerrogativa del Rey, quien la ejercitaba a iniciativa propia para la tutela no de la justicia sino de su autoridad, disminuida por efecto de la desobediencia de aquellos. No resultaba necesario, por tanto, que alguien solicitase la actividad del soberano. Pero esta activi-

---

para las salas civiles y otro para la penal (art. R. 433-4 COJ), y un informe anual en el que se informa estadísticamente de la actividad del Alto Tribunal, se analiza la jurisprudencia y formula proposiciones de reforma legal (arts. R. 431-9 y R. 431-10 COJ).

<sup>57</sup> La Biblioteca del Tribunal de casación (*Bibliothèque de la Cour de Cassation*), que constituye un valioso recurso para el desarrollo por los magistrados de su labor ordinaria, contiene fondos bibliográficos, regularmente ampliados, de todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Está dirigida, bajo el control del primer presidente (*premier président*) de ese órgano jurisdiccional, por un conservador (*conservateur*), nombrado según las condiciones establecidas en el Decreto núm. 92-26 de 9 de enero de 1992 (art. R. 421-9 COJ).

<sup>58</sup> Junto a los magistrados del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) y sus servicios anexos, existen otros funcionarios de distintas categorías, integrantes de un cuerpo de naturaleza administrativa (*Greffe de la Cour de cassation*), encargados de llevar a término el trabajo administrativo que el funcionamiento de ese órgano jurisdiccional conlleva (arts. R. 123-1 y R. 123-13 COJ). Entre otras atribuciones, se ocupan de la recepción de las solicitudes de casación, tramitación de los procedimientos, asistencia a los magistrados en las audiencias o notificación de las resoluciones judiciales. Un secretario-jefe (*directeur de greffe o greffier en chef*) se encuentra a la dirección de este servicio administrativo (art. R. 123-3 COJ), que es, a su vez, asistido por los secretarios-jefe adjuntos (*greffiers en chef adjoints*) en las tareas que le asigna el Código de Organización Judicial (arts. R. 123-4, R. 123-5 y R. 123-9 COJ). En ausencia de esos últimos funcionarios, el secretario-jefe (*directeur de greffe o greffier en chef*) es auxiliado por los denominados jefes de departamento (*chefs de service de greffe*), quienes se colocan al frente de uno o varios departamentos (art. R. 123-11 COJ). Asimismo, hay secretarios de sala (*greffiers de chambre*), que asisten a los magistrados de la sala correspondiente en todas las fases de proceso y en las audiencias (art. R. 123-13 COJ); y secretarios (*greffiers*), encargados de coordinar la ejecución de las tareas confiadas a todo o parte del personal del servicio, pudiendo estar a la cabeza de un departamento cuando la importancia del mismo no justifique la existencia de un funcionario de nivel superior (art. R. 123-11 COJ). Junto a ellos desarrollan sus funciones otra serie de funcionarios de categoría inferior.

<sup>59</sup> Dentro de este grupo cabe distinguir los abogados del Consejo de Estado y del Tribunal de casación (*avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*), que sirven de vínculo entre esas dos instituciones y contribuyen a asegurar la unidad y coherencia del sistema jurídico francés; y los funcionarios encargados de asegurar el servicio de audiencias (*huissiers audienciers*).

<sup>60</sup> Esta entidad se dedica a tramitar y resolver las solicitudes de asistencia jurídica gratuita para litigar en el ámbito del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) y está integrada por dos miembros elegidos por el primer presidente (*premier président*) de dicho órgano jurisdiccional; dos abogados del Consejo de Estado y del Tribunal de casación (*avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*); un representante del Ministro del presupuesto (*Ministre chargé du Budget*); un representante del Ministro de bienestar social (*Ministre chargé de l'Aide sociale*); y un miembro designado en nombre de los usuarios (art. 16 Decreto núm. 91-1266 de 19 de diciembre de 1991, que complementa a la Ley núm. 91-647 de 10 de julio de 1991).

<sup>61</sup> Vide J.F. WEBER, *La Cour...*, op. cit., pp. 25 a 56; J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, op. cit., pp. 25 a 55, entre otros autores.

<sup>62</sup> El feudalismo fue la organización política y social imperante en Francia y otros países europeos como España hasta, aproximadamente, el siglo XVI, aunque no hay acuerdo entre los historiadores sobre su inicio y duración, lo que varía en las distintas partes de Europa. Vide G. DUBY, *Guerreros y Campesinos. Desarrollo inicial de la economía europea (500-1200)*, Trotta, 1976, pp. 205 y ss.

<sup>63</sup> No hay que confundir los Parlamentos (*Parlements*) franceses propios de la época del feudalismo y el Antiguo Régimen (*Ancien Régime*), que eran órganos con funciones jurisdiccionales y algunas otras administrativas y políticas, con el actual Parlamento (*Parlement*) francés, que constituye la sede del poder legislativo.

dad, dirigida a impedir que los Parlamentos (*Parlements*) se excediesen en sus poderes e invadiesen los reservados al monarca, tenía carácter ejecutivo, no era en sí misma una función jurisdiccional<sup>64</sup>.

**10.** Los Parlamentos (*Parlements*), en cambio, sí ejercitaban una verdadera función jurisdiccional, ya que constituían los órganos jurisdiccionales de última instancia. Estos órganos eran considerados, en este sentido, Cortes soberanas (*Cours souveraines*), ya que sus resoluciones no eran susceptibles de apelación<sup>65</sup>. No obstante, los Parlamentos (*Parlements*) nunca limitaron su actividad al ámbito estrictamente judicial, sino que también se atribuyeron funciones de distinta naturaleza, vinculadas al poder legislativo. Entre estas otras funciones hay que mencionar la facultad de registro (*enregistrement*) de las ordenanzas reales, que suponía una especie de sanción o refrendo de las mismas por los Parlamentos (*Parlements*). Además, podían dictar resoluciones de carácter reglamentario, denominadas *arrêts de règlement*<sup>66</sup>, que, siempre que no vulnerasen las ordenanzas reales o la costumbre (*coutume*)<sup>67</sup>, tenían alcance general y desplegaban efectos para casos futuros<sup>68</sup>. Eso sí, dichos efectos quedaban limitados al ámbito territorial sobre el que el Parlamento (*Parlement*) que había emitido el reglamento extendía su jurisdicción. Finalmente, los Parlamentos (*Parlements*), en el ejercicio de su función jurisdiccional, disfrutaban de una discrecionalidad en la interpretación de la ley que no tenían los jueces inferiores<sup>69</sup>, quienes debían seguir estrictamente su tenor literal y, si no era claro, dar cuenta al Rey. Todas estas prerrogativas provocaron una transformación en la naturaleza de los Parlamentos (*Parlements*), que, junto al ejercicio de las funciones propias de los órganos jurisdiccionales supremos, pasaron a aspirar a otras de soberanía política, concurrentemente con el Rey<sup>70</sup>.

**11.** Llama la atención que los Parlamentos (*Parlements*), en un principio, fuesen utilizados por el Rey como medio para la ampliación de su jurisdicción en detrimento de la propia de los barones (*barons*). Para entender el origen de los Parlamentos (*Parlements*) hay que retroceder a la Francia del siglo XI, caracterizada por la existencia de una descentralización feudal opuesta a la anterior centralización monárquica de la época carolingia. Los barones (*barons*) eran auténticos soberanos en el ámbito territorial de su respectiva baronía (*baronnie*)<sup>71</sup>, en la que también impartían justicia (*Cour du baron*); y la autoridad del Rey se limitaba a las tierras sometidas a su señorío feudal, sin ejercer ningún derecho sobre el territorio de las baronías<sup>72</sup>. Para luchar contra esta descentralización y recuperar el control sobre todo el país el Rey se sirvió de la administración de justicia, cuyo ejercicio asumió<sup>73</sup>.

<sup>64</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación civil*, trad. al español por S. SENTÍS MELENDO, Editorial Bibliográfica Argentina, t. I., vol. 1, Buenos Aires, 1945, pp. 335 y 336.

<sup>65</sup> C.J. FERRIÈRE, «Voz *Cour souveraine*», *Dictionnaire de droit et de pratique*, nouvelle édition, Veuve Brunet., t. I, Paris, 1769, p. 389 (t. I disponible en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k242613>), define el término *Cour souveraine* como «une cour supérieure qui sous l'autorité du roy connaît des différens des particuliers souverainement et sans appel (...)».

<sup>66</sup> Los *Arrêts de règlement*, destinados básicamente a regular la administración de justicia, eran definidos por C.J. FERRIÈRE, «Voz *Arrest de reglemens des cours souveraines*», *Dictionnaire...*, op. cit., t. I, p. 116, como «décisions que les Cours souveraines font, par être observées comme loi dans l'étendue de leur ressort, sous le bon plaisir de sa Majesté, comme étant à cet égard les dépositaires du pouvoir souverain du Prince».

<sup>67</sup> C.J. FERRIÈRE, «Voz *Coutume*», *Dictionnaire...*, op. cit., t. I, p. 393, define el término *coutume* como «un droit non écrit, un droit municipal de quelque lieu, de quelque ville, de quelque contrée et de quelque pays, introduit par l'usage, du tacite consentement de ceux qui y font volontairement soumis; et cet usage, après avoir été observé pendant un temps considérable, a force et autorité de Loi».

<sup>68</sup> No obstante, estos reglamentos solo tenían vigencia en tanto el Rey no procediese a su anulación (casación). Vide J.D. MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, 2ª ed., t. II, Paris, 1829, pp. 482.

<sup>69</sup> C.J. FERRIÈRE, «Voz *Parlement*», *Dictionnaire...*, op. cit., t. II, pp. 284 y 285 (t. II disponible en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k24262f>), explica que los Parlamentos (*Parlements*) «peuvent en certains cas, et pour des justes tempéramens, s'en écarter de manière néanmoins qu'il ne paroisse pas entièrement les détruire; en un mot, ce son des Juges qui peuvent donner aux loix une interprétation, que l'équité peut suggerer; mais les autres juges n'ont pas ce privilège».

<sup>70</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 1, pp. 315 y 316.

<sup>71</sup> Siguiendo a C.J. FERRIÈRE, «Voz *Baronnie*», *Dictionnaire...*, op. cit., t. I, p. 170, la *baronnie*, «qui étoit anciennement la première Seigneurie après la Souveraineté, n'est aujourd'hui qu'une dignité attachée à un Fief, laquelle est plus éminente que celle du Seigneur Châtelain, and moindre que la qualité de Comte».

<sup>72</sup> Vide R. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre*, t. II, vol. 2, 1901, pp. 399 y ss.

<sup>73</sup> Vide P. VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, t. II, Paris, 1898, p. 209.

Con el paso del tiempo, los Reyes franceses lograron la extensión a todo el Estado de la jurisdicción real y la supremacía de la misma sobre la totalidad de las cortes de justicia de las baronías (*baronnies*). Así, el Rey se erigió en juez supremo y su justicia se convirtió en una última instancia a la que siempre se podía recurrir. Debido al incremento de asuntos planteados ante el Rey, especial importancia cobró el consejo que le asesoraba y ayudaba a sobrellevar la carga derivada del ejercicio de su función jurisdiccional: el denominado *Conseil du Roi*<sup>74</sup>. Pero este consejo asesor, creado originalmente por el Rey como instrumento de centralización monárquica, acabó separándose de este y convirtiéndose en un órgano jurisdiccional autónomo, con la función de tribunal supremo para todo el país<sup>75</sup>; y, aunque juzgaba en nombre y por delegación del Rey, llegó a tener una posición antagónica y enfrentada a este. A pesar de tal separación, que dio lugar al primer *Parlement*, el Consejo del Rey (*Conseil du Roi*) continuó desarrollando funciones de naturaleza consultiva<sup>76</sup>.

12. Con posterioridad al establecimiento del primer Parlamento (*Parlement*), con sede en París, se fueron creando en distintas partes de Francia otros Parlamentos (*Parlements*) menores, que formaban cortes soberanas (*cours souveraines*) en el ámbito territorial al que se extendía su jurisdicción<sup>77</sup>. Pues bien, los enfrentamientos entre el Rey y los Parlamentos (*Parlements*) comenzaron por denegaciones de registro (*enregistrement*) de las ordenanzas reales, lo que podía tener lugar a través de una deliberación en la que se daban a conocer al Rey los motivos existentes contra la correspondiente ordenanza (*remontrance*)<sup>78</sup>; y fueron progresivamente creciendo en complejidad hasta que, en el siglo XVIII, los Parlamentos (*Parlements*) llegaron a estar oficialmente asociados y formar una entidad política de carácter nacional opuesta al monarca. El conflicto entre este, que luchaba por el mantenimiento del absolutismo, y aquellos, que pretendían el establecimiento de un primer control constitucional sobre el Rey, duró hasta la finalización del Antiguo Régimen (*Ancien Régime*)<sup>79</sup>; y dio origen a la potestad real de

<sup>74</sup> P.A. MERLIN, «Voz *Conseil du Roi*», *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5ª ed., H. Tarlier, t. VI, Bruxelles, 1826, p. 91 (t. VI disponible en: [https://books.google.fr/books?id=T9hEAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.fr/books?id=T9hEAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)), define el *Conseil du Roi* como «une assemblée de personnes choisies par le roi pour connaître de tout ce qui intéresse l'administration générale du Royaume, tant pour l'intérieur que pour l'extérieur. L'établissement de ce Conseil est presque aussi ancien que la monarchie, et tous les monumens attestent que nos rois ont eu dans tous les temps un Conseil à leur suite. L'impossibilité où ils étaient de remplir par eux mêmes tous les objets de l'administration générale de l'état, les obligeait d'appeler auprès de leur personne des sujets distingués par leur capacité et par leurs lumières, sur lesquels ils se reposaient d'une partie des soins du gouvernement; ils en choisissaient d'autres en même temps pour rendre en leur nom la justice à leurs peuples».

<sup>75</sup> No hay acuerdo entre los historiadores del Derecho franceses sobre el momento exacto en el que se produjo la separación del *Parlement* del Consejo del Rey (*Conseil du Roi*), que mantuvo una función consultiva sobre los negocios de Estado, y su constitución con carácter estable en París. Así, tradicionalmente se entendió que tuvo lugar en cumplimiento de la Ordenanza de Felipe el Hermoso de 21 de marzo de 1302, si bien esta concepción fue superada y dicho momento se ha situado más atrás en el tiempo. *Vide* C.V. LANGLOIS, *Les origines du Parlement de Paris*, París, 1890, XLII; A. LUCHAIRE, *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*, 2ª ed., t. I, París, 1891, p. 277; P. VIOLLET, *Histoire des institutions...*, *op. cit.*, t. III, pp. 295 y ss.; P. CALAMANDREI, *La casación...*, *op. cit.*, t. I., vol. 1, p. 294.

<sup>76</sup> *Cfr.* A. MAURY, «L'Administration française avant la Révolution de 1789», *Revue des deux Mondes*, vol. CVII, 1873, p. 581 (disponible en: [https://fr.wikisource.org/wiki/L'Administration\\_française\\_avant\\_la\\_Révolution\\_de\\_1789/01](https://fr.wikisource.org/wiki/L'Administration_française_avant_la_Révolution_de_1789/01)); P. CALAMANDREI, *La casación...*, *op. cit.*, t. I., vol. 1, pp. 289 a 291, 295 y 317.

<sup>77</sup> No obstante, el Parlamento (*Parlement*) de París tenía una jurisdicción territorial mayor que los demás, abarcando gran parte del centro y norte de Francia.

<sup>78</sup> La negativa al registro de una ordenanza real solía acontecer cuando los Parlamentos (*Parlements*), que se erigieron en defensores del Derecho privativo de las provincias, entendían que iba en contra de sus privilegios; y, si se planteaba un proceso en el que se trataba un asunto regulado por dicha ordenanza, la misma no se aplicaba por carecer de fuerza obligatoria, resolviéndose con base en el Derecho privativo de la provincia correspondiente.

<sup>79</sup> El Antiguo Régimen (*Ancien Régime*) era el término con que los revolucionarios franceses se referían al sistema político, económico y social imperante en Francia y en otros países europeos como España desde finales del feudalismo (aproximadamente, siglo XVI) hasta la Revolución Francesa (finales del siglo XVIII). La utilización de este término en el ámbito literario corresponde a ALEXIS DE TOCQUEVILLE, que escribía que «la Révolution française a baptisé ce qu'elle a aboli». *Vide* A. TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution*, 1856 (disponible en: [http://classiques.uqac.ca/classiques/De\\_tocqueville\\_alexis/ancien\\_regime/Ancien\\_regime.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/ancien_regime/Ancien_regime.pdf)).

casar (*casser*<sup>80</sup>) las sentencias y, con ello, a lo que más adelante sería el instituto procesal conocido como recurso de casación (*cassation*)<sup>81</sup>.

## B) La casación en el Antiguo Régimen francés

13. El máximo desarrollo de la casación bajo el Antiguo Régimen (*Ancien Régime*) se produjo a mediados del Siglo XVII, en concreto, con la Ordenanza civil (*Ordonnance civile*) de 1667, que generalizó la posibilidad de los particulares de recurrir al Rey para obtener la anulación de las sentencias de los Parlamentos (*Parlements*) por contravención de las ordenanzas reales. Pero ello fue el resultado de una prolongada evolución. Hay que partir del hecho de que, aunque aquellos se encargaban de la resolución en última instancia de los litigios surgidos en todo el Reino de Francia, función que cumplían por delegación del monarca, este nunca renunció a inmiscuirse en la administración de justicia. Desde luego, si los Parlamentos (*Parlements*) hubiesen ejercido esa función con exclusividad, el Rey se habría visto despojado del control sobre la justicia que, por efecto de la soberanía, le correspondía<sup>82</sup>. No fue así<sup>83</sup>.

14. En el ámbito del Consejo real, que había permanecido con funciones consultivas tras la separación del Parlamento (*Parlement*), resurgió un órgano judicial encargado de la recepción y dación de cuenta al Rey de las peticiones que, como juez supremo, le remitían los particulares<sup>84</sup>. Dicho órgano fue llamado *Tribunal des requêtes de l'Hôtel du Roi* y sus miembros eran conocidos como *maîtres des requêtes*. Recibidas las súplicas de los particulares, generalmente referidas a litigios planteados ante tribunales inferiores, los *maîtres des requêtes* daban traslado de las mismas al Rey, quien respondía con órdenes escritas denominadas *lettres de justice* o *lettres de la Chancellerie*<sup>85</sup>; denominación que se debía a que las órdenes se firmaban por el Rey, aunque se preparaban y sellaban en la Cancillería de su Corte<sup>86</sup>. Existían cartas de muy diversa tipología, en función del resultado que se quisiera obtener<sup>87</sup>. Pero a través de todas ellas el Rey, fuente de todos los poderes, se reservaba el derecho a intervenir en la justicia para suspender o modificar el curso de la jurisdicción ordinaria o, en su caso, sustituirla avocando para sí el conocimiento de un asunto.

Ejemplos de esas cartas eran las *lettres de committimus*<sup>88</sup>, que servían para declarar la exención de los funcionarios reales de la jurisdicción ordinaria y ser juzgados por el *Tribunal des requêtes de l'Hôtel du Roi* u otra jurisdicción especial<sup>89</sup>; las *lettres d'état*<sup>90</sup>, por las cuales el Rey dirigía una orden de suspensión de un proceso seguido frente a un sujeto ausente de Francia por algún motivo de carácter

<sup>80</sup> El significado del término francés «*casser*» se corresponde con el español «romper», en el sentido apuntado de anular o dejar sin eficacia jurídica las sentencias de los Parlamentos (*Parlements*).

<sup>81</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, *op. cit.*, t. I, vol. 1, p. 317.

<sup>82</sup> No olvidemos que en Francia regía una monarquía absoluta y en ella los distintos poderes, también el judicial, emanaban del soberano, quien podía ejercitarlos todos. Por esta razón el Rey mantenía el derecho a intervenir en la justicia con el objetivo de hacer cumplir sus ordenanzas, las cuales eran dictadas en el ejercicio de su poder legislativo.

<sup>83</sup> Cfr. CALAMANDREI, P., *La casación...*, *op. cit.*, t. I, vol. 1, pp. 295 y 350.

<sup>84</sup> Así, se abrió la posibilidad de recurrir las decisiones del Parlamento (*Parlement*) ante el Rey, quien podía como delegante del poder jurisdiccional proceder a su anulación o casación (*cassation*).

<sup>85</sup> C.J. FERRIÈRE, «*Voz Lettres de Justice*», *Dictionnaire...*, *op. cit.*, t. II, p. 119, define las *lettres de justice* como «*celles qui son fondées sur le droit commun, ou que portent mandement de rendre la Justice, et que le Roi accorde moins par faveur, que pour subvenir au besoin de ses Sujets, suivant l'équité et la raison. C'est pourquoi Sa Majesté croit être dans une espèce d'obligation de les accorder à ceux qui les lui demandent*».

<sup>86</sup> Cabía constatar toda una corruptela entre los cortesanos encargados de las cartas de Cancillería (*lettres de la Chancellerie*), ya que en muchos casos se expedían faltando todos sus presupuestos.

<sup>87</sup> C.J. FERRIÈRE, *Dictionnaire...*, *op. cit.*, t. II, p. 117 y ss., define más de cincuenta tipos de cartas distintas.

<sup>88</sup> C.J. FERRIÈRE, «*Voz Committimus*», *Dictionnaire...*, *op. cit.*, t. I, p. 298, respecto al significado del término *committimus*, señala que «*se prend quelquefois par les lettres que ceux qui on droit de plaider aux Requêtes de l'Hôtel, doivent obtenir pour jouir de leur privilège*». Vide artículo 78 de la Ordenanza de 1629.

<sup>89</sup> Pero, si aun presentada en el proceso la carta de exención el juez ordinario continuaba conociendo de aquel, el Rey anulaba la resolución decisión dictada contrariando su mandato. Vide artículo 10 de la Ordenanza de 1669.

<sup>90</sup> C.J. FERRIÈRE, «*Voz Lettres d'état*», *Dictionnaire...*, *op. cit.*, t. II, p. 123, indica que «*sont des Lettres du grand Sceau, qui sont acordes par le Roi à ceux qui sont en ambassade, ou qui servent actuellement à l'armée, ou qui sont absens pour quelque cause publique, dont il faut faire preuve par bons certificats*». Vide Ordenanza de 1669.

público como el servicio en el ejército<sup>91</sup>; o las *lettres d'évocation*<sup>92</sup>, mediante las que el soberano, de oficio o a instancia de un interesado, se dirigía a los jueces inferiores para sustraerles el conocimiento de un asunto y decidirlo él mismo u otro órgano judicial distinto<sup>93</sup>. En todos estos supuestos, si el juez al que se remitía la carta de Cancillería no cumplía con lo prescrito en la misma, el Rey podía proceder a la anulación de la resolución dictada por aquel; y, cuando lo hacía, actuaba como juez supremo, imponiendo su voluntad en un supuesto particular. Ello a diferencia de lo que acontecía al anular una sentencia contradictoria con una ordenanza real, en cuyo caso intervenía para tutelar su poder de legislador, cuestionado por los Parlamentos (*Parlements*) incumplidores. Esta última intervención constituye el germen del recurso de casación<sup>94</sup>.

15. Se ha dicho ya que los Parlamentos (*Parlements*) eran órganos que ejercían funciones jurisdiccionales por delegación del Rey; y que, junto al de Paris, fueron estableciéndose paulatinamente otros Parlamentos (*Parlements*) en diversas provincias de Francia. Ello dio lugar a conflictos de jurisdicción entre los distintos Parlamentos (*Parlements*), cuando dos de ellos reclamaban para sí el conocimiento de un mismo asunto. Pues bien, la resolución de tales conflictos positivos requería de la intervención de un sujeto que estuviese por encima de aquellos: el Rey, quien, en su cualidad de juez supremo, seguía un procedimiento conocido como *règlement des juges*<sup>95</sup>.

El problema se planteaba cuando los dos Parlamentos (*Parlements*) habían llegado ya a decidir el litigio con sentencias contradictorias. En estos supuestos el monarca analizaba en el ámbito de su Consejo cuál de los dos Parlamentos (*Parlements*) debía ser considerado competente. Una vez realizado tal análisis, se procedía a la anulación de la sentencia del Parlamento (*Parlement*) incompetente. Sin embargo, con el paso del tiempo fueron creciendo el número de asuntos planteados ante el Rey, lo que provocó que este optase por crear a partir de su Consejo un nuevo órgano jurisdiccional. Este órgano, cuya constitución con carácter estable parece remontarse a la ordenanza de Charles VIII de 2 de agosto de 1497<sup>96</sup>, fue único para todo el Reino de Francia y se denominó *Grand Conseil*<sup>97</sup>. La atribución más relevante del *Grand Conseil*, que subsistió hasta la finalización del Antiguo Régimen (*Ancien Régime*), fue anular las sentencias contradictorias que, sobre una misma controversia, procedían de distintos Parlamentos (*Parlements*)<sup>98</sup>.

<sup>91</sup> No obstante, si el juez al que se dirigía la carta seguía adelante con el proceso, el Rey procedía a la anulación de todos los actos procesales evacuados por desobediencia a sus mandatos.

<sup>92</sup> C.J. FERRIÈRE, «Voz *Lettres d'évocation*», *Dictionnaire...*, *op.cit.*, t. II, p. 124, distingue entre *lettres d'évocation generale*, que «sont des lettres du grand Sceau, par lesquelles Sa Majesté, par grace spéciale pour quelqu'un, évoque à un Tribunal généralement toutes les affaires qu'il a, et qu'il peut avoir»; y *lettres d'évocation consentie*, que «sont celles par lesquelles Sa Majesté, du consentement des Parties, évoque un procès, et le renvoie à un autre Tribunal que celui où is est pendant».

<sup>93</sup> Nuevamente, si el juez, desconociendo la orden del monarca, resolvía el asunto, la sentencia dictada podía ser objeto de anulación.

<sup>94</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, *op. cit.*, t. I, vol. 1, pp. 296, 297 y 318 a 321, para quien es erróneo considerar que el origen del recurso de casación (*pourvoi en cassation*) se encuentra vinculado a la función que el Rey ejercía como juez supremo. De esta opinión era P. VIOLLET, *Histoire des institutions...*, *op.cit.*, t. II, p. 224.

<sup>95</sup> Este procedimiento fue objeto de regulación en distintas ordenanzas como la de 1669 y de 1737, la cual reproducía en gran parte la anterior.

<sup>96</sup> En el siglo XIII, durante el reinado de Charles VII, ya existía una sección del Consejo real encargada de la resolución de asuntos contenciosos, que la referida ordenanza de 1497 vino a institucionalizar con el nombre de *Grand Conseil*. No obstante, existen discrepancias entre la doctrina francesa sobre este punto. En cualquier caso, la ordenanza de 1497 fue confirmada por Louis XII en 1498.

<sup>97</sup> Para C.J. FERRIÈRE, «Voz *Grand Conseil*», *Dictionnaire...*, *op. cit.*, t. I, p. 653, el *Grand Conseil* «étoit une Jurisdiction souveraine qui a été dans son origine le Conseil des Rois, et a été établie en Jurisdiction ordinaire et contentieuse par Charles VIII, l'an 1492. Après que le Parlement, qui étoit l'ancien Conseil des Rois, eut été fixé à Paris, les Rois établirent un Nouveau Conseil, composé des plus grands Seigneurs du Royaume, et de Conseillers tirés du Parlement. Ce nouveau Conseil fut appelé d'abord Conseil secret, et plus ordinairement le Grand Conseil. Mais dans son établissement ce n'étoit point une Jurisdiction contentieuse. On n'y traitoit que de la Police générale du Royaume, et des choses concernant les finances et la Guerre».

<sup>98</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, *op. cit.*, t. I, vol. 1, pp. 342-345. Siguiendo a R. LESAFFER, *European legal history. A cultural and political perspective*, Cambridge, 6ª ed., 2012, p. 328, «the *Grand Conseil* –the successor of the *curia regis* – lost its political functions and continued as a court of law. Apart from a number of cases in first instance, the council handled appeals against the parliaments».

16. Los historiadores también han reconocido la existencia, en el ámbito del Consejo real, de un grupo reducido de sujetos pertenecientes al mismo y cercanos a la figura del Rey que le asistía en la resolución de ciertos asuntos necesitados de un tratamiento más privado, básicamente, de carácter político o gubernamental<sup>99</sup>. Este grupo de consejeros, que constituía una especie de sección dentro del Consejo real llamada *Conseil étroit* o *Conseil secret*, parece que se podía distinguir, ya desde el siglo XIII, de otra más numerosa que adoptaba la forma de una gran asamblea o *Grand Conseil*<sup>100</sup>, si bien la separación formal de ambas habría tenido lugar en el siglo XV<sup>101</sup>. No obstante, hay que advertir que existen discrepancias entre los historiadores sobre el nombre, naturaleza, composición y funciones de tales formaciones surgidas en el seno del Consejo real, tanto en sus orígenes<sup>102</sup> como con posterioridad<sup>103</sup>; incluso se ha negado que en el siglo XIV las mismas fuesen algo más que meras denominaciones del propio Consejo real<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> E. BOURNAZEL, «Réflexions sur l'institution du conseil aux premiers temps capétiens (XIIe-XIIIe siècles)», *Cahiers de recherches médiévales*, Bernard Ribémont, 2000, núms. 37 y 38 (hay una versión online disponible en la siguiente dirección de Internet: <http://crm.revues.org/876>), relata como ejemplo del rol político de ese círculo de consejeros de confianza del Rey, que «la decisión de Philippe Auguste, en mai 1213, de débarquer en Angleterre fut prise après consultation du conseil intime du roi». Igualmente, «c'est sur l'avis de quelques conseillers que Louis VIII, sur son lit de mort, le 3 novembre 1226 à Montpensier, adjure les prélats et barons qui l'ont accompagné dans son expédition méridionale, d'aller en toute hâte porter hommage à son fils et de procéder au couronnement de celui-ci». Y concluye: «Nous sommes ici à l'origine de cette formation particulière du conseil, dit «étroit» ou encore «secret», réunissant les hommes de confiance du roi, ses intimes souvent d'origine modeste mais instruits des choses du droit, ceux que les ordonnances du XVe siècle appellent «les sages hommes de notre conseil» mais que les grands royaume qualifient dédaigneusement de «marmousets»».

<sup>100</sup> E. BOURNAZEL, «Réflexions sur l'institution du conseil...», *op. cit.*, núm. 29, señala con relación a la institución del Consejo real que, «suivant les affaires qu'il a à traiter, le roi y appelle plus ou moins de monde et, dès le XIIIe siècle, on peut distinguer suivant sa formation un conseil étroit ou secret où n'assistant qu'un nombre restreint de proches conseillers, parmi lesquels les légistes, et un conseil plus largement ouvert qui prend parfois la forme de grandes assemblées».

<sup>101</sup> R. LESAFFER, *European legal history...*, *op. cit.*, p. 328, explica que, «as early as 1484, the Conseil Etroit was split off from the Grand Conseil, becoming the true royal council. Established in order to assist the underage Charles VIII, the Conseil Etroit included the princes of the blood and a number of high-ranking members of the nobility and the clergy».

<sup>102</sup> Siguiendo a D. DIDEROT y J. D'ALEMBERT, «Voz Conseil du Roi», *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. IV, 1754 (disponible en: [https://fr.wikisource.org/wiki/Encyclop%C3%A9die,\\_ou\\_Dictionnaire\\_raison%C3%A9\\_des\\_sciences,\\_des\\_arts\\_et\\_des\\_m%C3%A9tiers](https://fr.wikisource.org/wiki/Encyclop%C3%A9die,_ou_Dictionnaire_raison%C3%A9_des_sciences,_des_arts_et_des_m%C3%A9tiers)), «Conseil du Roi (grand) étoit dans son origine le conseil d'état et privé du Roi: il connoît présentement de plusieurs matières, tant civiles, que bénéficiales et criminelles. Le titre de grand que l'on a donné à ce conseil, tire son origine tant du nombre des conseillers qui y étoient admis, que de l'importance des matières qui y étoient traitées; car il y avoit dès - lors un conseil secret ou étroit, c'est - à - dire peu nombreux, dans lequel se traitoient les affaires qui demandoient plus de secret». Por su parte, P.A. MERLIN, «Voz Conseil du Roi», *Répertoire universel...*, *op. cit.*, t. VI, pp. 91 y 92, explica que en los primeros tiempos se podía distinguir entre el *Conseil commun du roi* y el *Conseil privé*: «on entendait par *Conseil commun*, tantôt le parlement, qui émanait originellement du *Conseil du roi*, et qu'on appelait, par cette raison, le *Conseil commun du parlement*; tantôt une assemblée composée de divers membres du *Conseil privé* et de ceux du *parlement* ou de la *chambre des comptes*, que le roi chargeait de l'examen et de la discussion de certaines matières relatives au gouvernement de l'état».

<sup>103</sup> N. VALOIS, *Le Conseil du roi et le Grand Conseil pendant la première année du règne de Charles VIII*, Bibliothèque de l'école des chartes, t. 44, 1883, pp. 144 y 145, critica en los siguientes términos la opinión de DE ROYER al respecto de la situación del Consejo real en el siglo XV (opinión recogida en «Discours de rentrée prononcé à la Cour de cassation», *Les origines et l'autorité de la Cour de cassation*, 1854, p. 18, citado por N. VALOIS): «M. DE ROYER a bien vu qu'il existait deux conseils en 1484; mais, pour lui, le conseil étroit est la réunion des conseillers ordinaires et des maîtres des requêtes sous la présidence du chancelier; le grand conseil est une réunion plus nombreuse dans laquelle des membres du parlement et de la chambre des comptes se joignent aux conseillers ordinaires. M. de R. a eu le tort de prendre au pied de la lettre les expressions grand conseil et conseil étroit». A criterio de VALOIS, en esa época podía distinguirse, «d'un côté, un conseil de gouvernement et d'administration, appelé conseil étroit, conseil du roi, et aussi grand conseil; de l'autre, un tribunal, qui peut s'intituler lui-même le «conseil du roi», mais que l'on désigne plus particulièrement sous les noms de grand conseil, conseil de la justice, conseil des parties; l'un, présidé par le roi, ou par un prince du sang, l'autre, par le chef de la justice».

<sup>104</sup> En su tesis doctoral, O. CANTEAUT, «Position de thèse. Philippe V et son Conseil: le gouvernement royal de 1316 à 1322, thèse pour le diplôme d'archiviste paléographe, 1999», *Position des thèses, École nationale des chartes*, Paris, 2000, discrepa del criterio de ciertos historiadores, entre ellos VALOIS, que parecían entender que las múltiples denominaciones vinculadas al Consejo real se correspondían con instituciones distintas: «Un problème historiographique «Conseil», «grant Conseil», «estroit Conseil», *universale Consilium*, *majus et secretius Consilium*, «conseil du mois»..., autant de dénominations du Conseil du roi sous Philippe V. Or nombre d'entre elles apparaissent durant les règnes de Louis X et de Philippe V. Partant de ce constat, plusieurs historiens du Conseil supposèrent qu'à ces dénominations multiples correspondaient des institutions distinctes. Les théories de Noël Valois constituent l'aboutissement de cette opinion. Selon lui, les Ligues imposeraient à Louis X la création d'un grand Conseil ou Conseil étroit; à son avènement, Philippe V serait contraint de composer avec ce Conseil aristocratique et de lui concéder des prérogatives royales, avant de réussir à réduire son pouvoir en le remplaçant en juillet 1318 par un Conseil du mois, qui périliterait bientôt. Mais face à ce Conseil hostile, Philippe V s'appuierait sur un autre Conseil, plus intime et dévoué à sa personne. Paul Lehugeur, tout en apportant des nuances, ne fait que conforter cette théorie de la dualité».

Sea como fuere, con el paso del tiempo esa formación del Consejo real comúnmente llamada *Conseil étroit* no se conformó con la asunción de los asuntos políticos, sino que comenzó a intervenir en controversias de carácter privado; y, ya en el siglo XVI, sus miembros se reunían ciertos días de la semana para tratar exclusivamente de recursos judiciales planteados por los particulares. Ello hasta que, por la conveniencia de separar el ejercicio de tan dispares atribuciones, se establecieron, a través del Reglamento de 11 de agosto de 1578, dos secciones distintas: por un lado, el *Conseil d'État*<sup>105</sup>, para los asuntos políticos; y, por otro, el *Conseil des parties*<sup>106</sup>, para los asuntos judiciales. A pesar de las ulteriores modificaciones operadas en el Consejo real hasta el reinado de Luis XIV, que dieron lugar a la creación de nuevas secciones, el *Conseil des parties* llegó a la época de la revolución francesa en su configuración original<sup>107</sup>.

17. El *Conseil des parties* no era en realidad un órgano jurisdiccional, aunque pudiese aparentarlo. Como se ha anotado, constituía una sección de un órgano exclusivamente político, el Consejo real. En consecuencia, los miembros del *Conseil des parties* eran funcionarios sometidos a la autoridad del Rey y no gozaban de la independencia, imparcialidad e inamovilidad propias de los jueces y magistrados actuales, pudiendo aquel modificar en cada caso concreto la composición de dicha sección para obtener una decisión acorde a su voluntad; y la función del *Conseil des Parties* tenía naturaleza ejecutiva, tendente a controlar el respeto por los Parlamentos (*Parlements*) de las ordenanzas reales<sup>108</sup>. Así, el soberano se servía de la iniciativa privada para descubrir posibles infracciones de las mismas, en interés propio y no de los particulares denunciadores, sin perjuicio de que mediatamente estos resultasen favorecidos<sup>109</sup>.

En suma, no suponía la posibilidad de los particulares de recurrir al *Conseil des parties* un verdadero derecho de impugnación, sino que se trataba de un mecanismo más cercano a la denuncia.

---

*du Conseil de Philippe V, Conseil étroit d'un côté, grand et secret Conseil ou Conseil de l'autre*». Y realiza la siguiente valoración sobre el mito o realidad del *Conseil étroit*: «*Pourtant, l'analyse détaillée des désignations du Conseil révèle qu'à côté des termes courants de «Conseil» et «grant Conseil», celui d'«estroit Conseil», s'il est propre au règne de Louis X et Philippe V, est extrêmement rare: il ne s'agit là que d'une dénomination solennelle du Conseil du roi. Certes, elle témoigne d'un resserrement du Conseil, résultat d'une réaction politique, mais non de la création d'une nouvelle institution*». Finalmente, en opinión de D. DIDEROT y J. D'ALEMBERT, «*Voz Conseil étroit ou secret*», *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné...*, op. cit., t. IV, «*conseil étroit ou secret étoit la même chose que le conseil privé ou grand-conseil du Roi: on l'appelloit étroit, pour dire qu'il étoit étroitement attaché à la personne du Roi, parce qu'il étoit à sa suite. On lui donnoit encore ce titre vers la fin du quatorzième siècle, comme on voit dans des lettres de Charles VI du 11 Avril 1390, où il est parlé du grand et étroit conseil*».

<sup>105</sup> C.J. FERRIÈRE, «*Voz Conseil d'Etat*», *Dictionnaire...*, op. cit., t. I, p. 347, señala que «*le Conseil d'État, est celui où préside M. le Chancelier, et où se traitent toutes les affaires qui regardent l'Etat, et qui sont dévolues au Conseil du Roi*». Y, según P.A. MERLIN, «*Voz Conseil du Roi*», *Répertoire universel...*, op. cit., t. VI, p. 92, «*on nomme Conseil d'État ou des affaires étrangères, celui dans lequel on s'occupe de tout ce qui est relatif aux négociations avec les puissances étrangères, ainsi que de la paix et de la guerre. Il est composé d'un petit nombre de personnes choisies par le roi, devant lesquelles le secrétaire d'état qui a le département des affaires étrangères, rend compte au roi de celles sur lesquelles il y a à délibérer. Les arrêts qui y sont en conséquence rendus, sont signés en commandement par le secrétaire d'état*».

<sup>106</sup> C.J. FERRIÈRE, «*Voz Conseil privé ou des parties*», *Dictionnaire...*, op. cit., t. I, p. 348, indica que «*c'est dans ce Conseil que se jugent les affaires entre particuliers, comme sont les demandes en cassation d'arrêts de Cours souveraine, les évocations à cause de parenté and Alliance, les Règlements de Juges and autres affaires semblables*». Igualmente, P.A. MERLIN, «*Voz Conseil du Roi*», *Répertoire universel...*, op. cit., t. VI, p. 93, apunta que «*le Conseil des parties ou Conseil privé connaît des affaires contentieuses qui s'élèvent entre les particuliers, lorsque ces affaires sont relatives à la manutention des lois, à l'exécution des ordonnances du royaume, et à l'ordre établi par le souverain. De cette nature d'affaires, dont le Conseil privé ou des parties connaît exclusivement, son les demandes en cassation d'arrêts rendus par les cours supérieures, les conflicts suscités entre les mêmes cours, les règlements à faire entre elles, les évocations sur parentés et alliances, les oppositions au titre des offices, les rapports des provisions de ces offices, etc. C'est M. le chancelier qui, en sa qualité de chef-né du Conseil, preside le Conseil des parties; cependant, le roi est toujours réputé y être présent: il y a, en conséquence, toujours dans la salle où se tient le Conseil, un fauteuil dans lequel sa majesté est censée assister au rapport des affaires qui s'y décident. Ce Conseil est composé de M. le chancelier, des quatre secrétaires d'état, des conseillers d'état et des maîtres des requêtes qui y servent par quartier*».

<sup>107</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I, vol. 1, p. 378.

<sup>108</sup> P.A. MERLIN, «*Voz Conseil du Roi*», *Répertoire universel...*, op. cit., t. VI, p. 94, explica que, «*en général, le Conseil du roi ne diffère pas moins des tribunaux ordinaires de justice dans sa forme extérieure que dans son objet, qui n'est point la justice distributive, mais seulement la manutention de l'ordre établi par les lois et ordonnances du royaume par l'administration de l'État. Il n'est point directement juge des différends des particuliers, mais seulement de la compétence des juges et de la validité de leurs arrêts*».

<sup>109</sup> Según se ha puesto de manifiesto, el Rey podía anular de oficio las sentencias contrarias a sus mandatos. Pero, como en la práctica no tenía la posibilidad de conocerlas todas por sí mismo, utilizaba en su interés el propio de los particulares denunciadores.

Además, este órgano no entraba nunca a resolver el fondo del asunto previamente decidido por un Parlamento (*Parlement*) mediante una sentencia, sino que se limitaba a controlar la regularidad del fallo contenido en esta para, en su caso, casarlo o privarlo de eficacia jurídica. Y al decidir sobre este punto no valoraba la justicia intrínseca del fallo en conexión con la relación sustancial controvertida. Básicamente comprobaba la existencia de posibles contravenciones de las ordenanzas reales (*contraventions aux ordonnances*) y, de haberlas, remitía al órgano jurisdiccional competente el asunto para que procediese al dictado de una nueva resolución conforme a aquellas<sup>110</sup>.

18. Tras la creación del *Conseil des Parties* en 1578, el máximo desarrollo de la casación, entendida como la posibilidad de los particulares de recurrir al Rey para obtener la anulación de las sentencias de los Parlamentos (*Parlements*) por contravención de las ordenanzas reales, tuvo lugar en el siglo XVII, según se explicaba anteriormente. Sobre todo, a partir de la ya citada ordenanza civil de 1667, que reimpuso en la prohibición de infringir las ordenanzas reales, aunque haciéndola extensiva a cualquier otra norma emanada de la autoridad real<sup>111</sup>. En tal instrumento procesal, por medio del cual el Rey declaraba a instancia de parte la nulidad de una sentencia de un Parlamento (*Parlement*) por violación de ley, se encuentran ya los elementos característicos de lo que con posterioridad será el recurso de casación. Pero la finalidad a la que servía ese instrumento era solo el mantenimiento del Derecho objetivo o, más bien, de una parte del mismo, el procedente del poder real. Ello incluso cuando, con posterioridad, se admitió también su utilización en los casos de vulneración de las *coutumes* o Derecho consuetudinario (*Droit coutumier*) y del Derecho romano; normas en las que también se encontraba impresa la autoridad real, en la medida que el soberano había aprobado su uso o aplicación. No obstante, indirecta e inintencionadamente, se pudo contribuir a otra finalidad, la unificación del Derecho objetivo<sup>112</sup>.

### C) La casación tras la Revolución francesa de 1789

19. La idea de la necesidad de un control supremo sobre la justicia pasó desde el Antiguo Régimen (*Ancien Régime*) a la Revolución francesa de 1789; control que, hasta este momento, había venido siendo ejercido por el *Conseil des Parties*. Sin embargo, la experiencia de los últimos siglos había dejado al descubierto los graves defectos de este órgano, que suponía la injerencia de la monarquía en la justicia para someterla a sus fines políticos. Por esta razón, se hacía inevitable la eliminación del *Conseil des Parties* y la creación de otro órgano acorde con los nuevos valores y principios filosóficos imperantes en la Revolución, según los cuales debía construirse el nuevo orden político y la nueva Constitución. Este nuevo órgano, que sustituiría al *Conseil des Parties*<sup>113</sup>, es el *Tribunal de cassation*, en cuyo nacimiento y configuración tuvieron un notable influjo las teorías de ROUSSEAU<sup>114</sup> y MONTESQUIEU<sup>115</sup>, así como

<sup>110</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 1, pp. 387, 388, 405-407 y 410. El procedimiento ante el *Conseil des Parties* quedó definitivamente fijado a través del Reglamento de 28 de junio de 1738, en cuyo título IV se regulaban las denominadas *demandes en cassation d'arrêts ou jugements rendues en dernier ressort*, es decir, las solicitudes de anulación de resoluciones dictadas en última instancia.

<sup>111</sup> Con anterioridad, el artículo 208 de la *Ordonnance de Blois* de 1579 solo aludía a las ordenanzas reales. Sin embargo, el artículo 8 de la *Ordonnance civil* de 1667 se refería expresamente a las *Ordonnances, Édits y Déclarations*.

<sup>112</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 1, pp. 331, 332 y 350.

<sup>113</sup> El Decreto de 20 de octubre de 1789 establecía la continuidad del *Conseil des parties* hasta la realización de la reforma judicial, si bien con poderes más limitados; y el Decreto de 14 de abril de 1791 atribuyó al *Tribunal de cassation* el conocimiento de la totalidad de los asuntos pendientes ante el *Conseil des parties*.

<sup>114</sup> Merece ser destacada la teoría recogida en su obra *El contrato social (De contract social)*, publicada en 1762, en la que, en síntesis, se defiende la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley dentro de un Estado formado a través de un acuerdo o convenio entre sus miembros integrantes. Esta doctrina pasaría después a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), cuyo artículo 1 dispone que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (*«les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits»*); y el artículo 6 de este mismo texto reincide en ello al afirmar que la ley «debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione» (*«la loi «doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse»*). Sobre la relación existente entre la doctrina de ROUSSEAU y la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, vide R. SCHMIDT, *Allgemeine...*, op. cit., t. II, vol. 2, p. 804; H. TAINE, «L'Ancien régime», *Les origines de la France contemporaine, t. I*, Paris, 1876, pp. 303 y ss. (disponible en: [http://classiques.uqac.ca/classiques/taine\\_hippolyte/origine\\_France\\_t1/origine\\_France\\_t1.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/taine_hippolyte/origine_France_t1/origine_France_t1.html)).

<sup>115</sup> Según es sabido, este autor formula la teoría de la división de poderes, acuñada en su obra *Del espíritu de las leyes*



la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*). La influencia de la doctrina de este último autor en el diseño del *Tribunal de cassation* se manifestó en la convicción de que se debía impedir la invasión del poder legislativo por el judicial; y privar al poder ejecutivo de la función consistente en impedir dicha invasión<sup>116</sup>.

20. El *Tribunal de cassation* debe su origen a la necesidad de establecer un órgano de vigilancia efectiva sobre el poder judicial, a los efectos de impedir que este invadiese el ámbito del poder legislativo. No se trataba de evitar invasiones recíprocas entre los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), sino que aquel órgano se limitaba a controlar que el poder judicial no asumiese atribuciones propias del poder legislativo; y sin que tal control tuviese carácter bilateral, es decir, no se prestaba atención a la posibilidad de que el poder legislativo se inmiscuyese en el ejercicio del poder judicial. Los revolucionarios franceses, partiendo de la experiencia histórica de luchas de poder entre los antiguos Parlamentos (*Parlements*) y la monarquía, se cuidaron únicamente de que los órganos jurisdiccionales no pudieran volver a cometer usurpaciones sobre el poder legislativo. Esto tuvo su reflejo tanto en la Constitución de 3 de septiembre de 1791<sup>117</sup> como en otras disposiciones legales<sup>118</sup>; disposiciones prohibitivas cuyo objeto era, por ende, prevenir que las resoluciones judiciales pudiesen convertirse en normas de carácter general.

Se podía constatar, por todo ello, una tendencia a reducir el ámbito del poder judicial en contraposición a una paralela ampliación del correspondiente al poder legislativo. El juez debía limitarse a aplicar literalmente en el caso concreto la ley emanada del legislador<sup>119</sup>. De suerte que cualquier actividad interpretativa que excediese de la función de extraer mecánicamente de la ley sus consecuencias particulares suponía una violación del principio de separación de poderes. La interpretación de las leyes competía al poder legislativo, no al judicial<sup>120</sup>. Sin embargo, la imposibilidad de los jueces de inter-

---

(*De l'esprit des lois*, 1748), que promueve la sustitución del principio de bipartición del poder por el de tripartición –ejecutivo, legislativo y judicial–, haciendo independiente este último de los dos anteriores; teoría que parece estar inspirada en los estudios que los tratadistas griegos clásicos realizaron de los sistemas políticos de la Antigüedad, así como en las experiencias de la revolución inglesa de la segunda mitad del siglo XVII y en el pensamiento de LOCKE sobre el gobierno civil (*The Second Treatise of Civil Government*, 1690). La teoría de la división de poderes de MONTESQUIEU queda plasmada en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), que proclama que «toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución» («*toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution*»).

<sup>116</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, *op. cit.*, t. I., vol. 2, pp. 25 a 34. Este autor niega que el origen del *Tribunal de Cassation* se encuentre en el sistema judicial inglés. Este criterio ha sido defendido por N.M. CONZO, *Cosa giudicata*, y B. WALDECK, *Nichtigkeitsbeschwerde* (autores citados por P. CALAMANDREI), quienes parecían situar ese origen en la facultad de la Cámara de los Lores de resolver en última instancia los recursos contra las sentencias de tribunales inferiores. Y también niega CALAMANDREI que el precedente de aquel órgano se encuentre en el sistema judicial de los Estados Unidos, considerando que la función desarrollada por su Corte Suprema al controlar la constitucionalidad de las leyes y resolver las reclamaciones de los particulares por lesiones derivadas de una ley inconstitucional nada tiene que ver con la función del *Tribunal de cassation*, consistente en controlar la aplicación de las leyes por los jueces.

<sup>117</sup> A tenor del artículo 3 del mencionado texto constitucional, «los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo» («*les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif*»); y su artículo 5 viene a establecer la prohibición de que un mismo sujeto acumule funciones judiciales y legislativas: «el ejercicio de funciones judiciales será incompatible con aquellas de representante de la nación, durante todo el periodo de la legislatura» («*l'exercice des fonctions judiciaires sera incompatible avec celles de représentant de la nation, pendant toute la durée de la législature*»).

<sup>118</sup> De conformidad con el artículo 10 del Decreto de 16 de agosto de 1790, «los tribunales no podrán participar directa o indirectamente en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de decretos del poder legislativo sancionados por el Rey» («*les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sanctionnés par le Roi*»); y, según su artículo 12, «los tribunales no podrán dictar reglamentos» («*les tribunaux ne pourront point faire des règlements*»).

<sup>119</sup> E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la révolution*, Plon-Nourrit et C., Paris, 1901, p. 200 (disponible en: <https://archive.org/details/lajusticeenfranc01seliuoft>), alude a la siguiente cita de THOURET: «*Les juges appliqueront la loi au sens littéraire sans s'écarter ni l'interpréter*».

<sup>120</sup> A. LAPONNERAYE, *Oeuvres de Maximilien Robespierre: Avec une notice historique, des notes et de commentaires*, t. I, Chez l'éditeur, Paris, 1840, p. 67 (disponible en: [https://books.google.fr/books?id=Tv24VOvJMG0C&pg=PP5&lpg=P5&dq=tome+PREMIER,+LAPONNERAYE,+Oeuvres+de+Maximilien+Robespierre:+Avec+une+notice+historique,+des+notes+et+de+commentaires,+1840&source=bl&ots=S7ojlte8o\\_&sig=uEp82qIFIW-nahJ\\_FwzTa8MGKVo&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiE-uDa3bTOAhVGVxoKHZATDwsQ6AEIFDAA#v=onepage&q=tome%20PREMIER%2C%20LAPONNERAYE%2C%20Oeuvres%20de%20Maximilien%20Robespierre%3A%20Avec%20une%20notice%20](https://books.google.fr/books?id=Tv24VOvJMG0C&pg=PP5&lpg=P5&dq=tome+PREMIER,+LAPONNERAYE,+Oeuvres+de+Maximilien+Robespierre:+Avec+une+notice+historique,+des+notes+et+de+commentaires,+1840&source=bl&ots=S7ojlte8o_&sig=uEp82qIFIW-nahJ_FwzTa8MGKVo&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiE-uDa3bTOAhVGVxoKHZATDwsQ6AEIFDAA#v=onepage&q=tome%20PREMIER%2C%20LAPONNERAYE%2C%20Oeuvres%20de%20Maximilien%20Robespierre%3A%20Avec%20une%20notice%20)

pretar las leyes vino a negar operatividad práctica al poder judicial; a la vez que la atribución al poder legislativo de esa función trajo consigo la desnaturalización del carácter general y abstracto que ha de acompañar a las normas derivadas de este poder<sup>121</sup>.

21. Para mantener al poder judicial dentro del estricto ámbito reservado al mismo los revolucionarios franceses se sirvieron de dos medios, uno preventivo y otro represivo. El primero, denominado *référé facultatif*<sup>122</sup>, tenía carácter discrecional y permitía a los jueces dirigirse al poder legislativo con el objeto de solicitar aclaraciones cuando aquellos no pudiesen localizar una norma positiva susceptible de ser aplicada al caso concreto que tenían que resolver. Así, se trataba de evitar que los jueces realizaran cualquier actividad interpretativa o de ampliación del Derecho vigente. Ello traía consigo la plena sujeción del poder judicial a la ley, sin posibilidad de desarrollar una jurisprudencia, y, en última instancia, la conversión del legislador en órgano juzgador, al poder interpretar el Derecho positivo ante un litigio concreto. No obstante, partiendo de la necesidad de los jueces de pronunciarse sobre los asuntos atribuidos a su conocimiento, la práctica llevó a que, en la primera época de la revolución francesa, los jueces suspendiesen el proceso cada vez que tenían que abordar una cuestión jurídica compleja con el objeto de dirigirse a los órganos legislativos para obtener una ley interpretativa<sup>123</sup>. Esta situación provocó una gran sobrecarga en el poder legislativo, lo que llevó al rechazo sistemático de los *référés* por la innecesariedad de una interpretación «auténtica», es decir, la emitida por dicho poder legislativo<sup>124</sup>.

El segundo medio consistía en la posibilidad de anulación, en interés del legislador, de las resoluciones judiciales que supusiesen la emanación de una norma general, dictadas incurriendo en infracción de ley o fundamentadas en interpretaciones arbitrarias de la misma. Para el ejercicio de tal posibilidad de anulación, reconocida al Estado, tuvo lugar la creación, a través del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790, de un órgano específico, el *Tribunal de cassation*, que inició su andadura el 27 de abril de 1791<sup>125</sup>. Pero este órgano no se pronunciaba sobre el fondo del asunto, sino que su actuación se limitaba a anular toda sentencia que contuviese una contravención expresa del texto de la ley, a los efectos de que el tribunal ordinario correspondiente la sustituyese por otra respetuosa con la misma<sup>126</sup>. Sin embargo, el nuevo tribunal al que el órgano de casación debía remitir la causa no

---

historique%2C%20des%20notes%20et%20de%20commentaires%2C%201840&f=false), recoge el siguiente texto de ROBES-PIERRE: «Le pouvoir législatif n'établissant que la loi générale, dont la force dépend de l'exacte observation si les magistrats pouvaient y substituer leur volonté propre, il seraient législateurs. Il est donc nécessaire d'avoir une surveillance qui ramène les tribunaux aux principes de la législation. Ce pouvoir de surveillance fera-t-il partie du pouvoir judiciaire? Non, puisque c'est le pouvoir judiciaire qu'on surveille. Sera-ce le pouvoir exécutif? Non, il deviendrait maître de la loi. Sera-ce enfin un pouvoir différent de pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire? Non, je n'en connais pas quatre dans la constitution. Ce droit de surveillance est donc une dépendance du pouvoir législatif. En effet, selon les principes authentiquement reconnus, c'est au législateur à interpréter la loi qu'il a faite».

<sup>121</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 2, pp. 39 a 47. Vide, asimismo, P.A. MERLIN, «Voz Interpretation», *Répertoire universel...*, op. cit., t. XV, 1826, pp. 479-484 (t. XV disponible en: [https://books.google.fr/books?id=o9hEAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.fr/books?id=o9hEAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)).

<sup>122</sup> Este medio preventivo se recogía en el artículo 12 del Decreto de 16 de agosto de 1790, en virtud del cual los jueces podían dirigirse al poder legislativo para pedir alguna aclaración, siempre que creyeran necesario interpretar una ley o hacer una nueva («*toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle*»). No obstante, el referido medio tiene su precedente en la Ordenanza civil (*Ordonnance civile*) de 1667.

<sup>123</sup> Sin embargo, era posible la anulación, por exceso de poder (*excès de pouvoir*), de las resoluciones mediante las cuales los jueces ordinarios acordaban la suspensión del proceso debido a la falta de claridad de la ley.

<sup>124</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 2, pp. 47 a 49, 110 y 111. Vide también P.A. MERLIN, «Voz Référé au législateur», *Répertoire universel...*, op. cit., t. XXVII, 1828, pp. 291 y 292 (t. XXVII disponible en: [https://books.google.fr/books?id=QpAPAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.fr/books?id=QpAPAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)).

<sup>125</sup> Tal y como se ha comentado ya, el *Tribunal de cassation* sucedió al *Conseil des parties*, que dejó de operar ese mismo día.

<sup>126</sup> El artículo 3 del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790 disponía que «bajo ningún pretexto y en ningún caso el *Tribunal de cassation* podrá conocer del fondo de los asuntos» («*sans aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal de cassation ne pourra connaître du fond des affaires*») (art. 3). Asimismo, de acuerdo con el mismo precepto, ese órgano anulará «toda sentencia que contenga una contravención expresa del texto de la ley» (*le Tribunal de cassation annullera «tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi»*); y, después de haber anulado la sentencia, el *Tribunal de cassation* debía remitir el asunto a los tribunales del fondo («*après avoir cassé le jugement, le Tribunal de cassation renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître*»).

estaba vinculado por la circunstancia de que se hubiese producido una primera casación, sino que tenía plena libertad de enjuiciamiento. Por esta razón, si el tribunal de reenvío mantenía el mismo criterio contenido en la sentencia anulada, el *Tribunal de cassation* aún podía volver a casar la nueva sentencia. Y, si el tercer tribunal al que se sometía el mismo asunto resolvía reticentemente de conformidad con las dos sentencias previamente anuladas, el órgano casacional tenía que someterlo a la consideración del poder legislativo, lo que se conocía como *référé obligatoire au législateur*<sup>127</sup>. Así, al poder legislativo le correspondía decidir sobre la procedencia de una tercera casación, emitiendo una ley interpretativa a la que parece que el cuarto tribunal de reenvío había de quedar sujeto<sup>128</sup>. El sistema descrito fue modificado por la Constitución francesa del 5 *fructidor* del año III (22 de agosto de 1795), que estableció ese *référé*, de carácter obligatorio, también cuando, tras una primera casación, la segunda sentencia recogiese la misma doctrina de la anterior sentencia anulada<sup>129</sup>.

22. Según se ha anotado ya, originariamente el *Tribunal de cassation* no podía pronunciarse sobre el fondo o mérito de las controversias, sino que comprobaba la observancia de la ley en las resoluciones judiciales dictadas en última instancia (*dernier ressort*), no en aquellas todavía susceptibles de ser modificadas por los tribunales ordinarios<sup>130</sup>. Así, tenía que verificar la posible existencia de errores de fondo cometidos en la sentencia (errores *in iudicando*), si bien no de cualquier tipología, sino solo los que supusiesen una contravención expresa del texto de la ley; contravención que, por ende, debía ser perceptible de la literalidad de la resolución y afectar al contenido de una disposición legal escrita, no a su espíritu o a un principio deducible de la misma u otras normas. Consecuentemente, la función del *Tribunal de cassation* tenía carácter negativo, limitada a verificar la existencia de una violación legal y anular la sentencia que adoleciese de tal vicio, sin poder rectificarla o sustituirla por un nuevo pronunciamiento positivo. La cuestión de fondo, una vez la sentencia había sido casada, quedaba imprejuizada. Era entonces necesario el reenvío de la causa a los tribunales ordinarios, sin que en su posterior decisión pudiera influir el *Tribunal de cassation* en modo alguno<sup>131</sup>. Por otro lado, dicho órgano también podía proceder a la anulación de procesos por ciertos errores relativos al mismo (errores *in procedendo*). En concreto, había de tratarse de defectos procesales sancionados con pena de nulidad<sup>132</sup>. Esto también daba lugar al reenvío del asunto al órgano jurisdiccional de instancia, debiendo el proceso ser enteramente reproducido de nuevo<sup>133</sup>.

<sup>127</sup> A tenor del artículo 21 del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre, «*si le nouveau jugement est conforme à celui qui a été cassé, il pourra encore y avoir lieu à la cassation. Mais lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de cassation, qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif qui en ces cas portera un décret déclaratoire de la loi; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement*».

<sup>128</sup> El sometimiento de ese cuarto tribunal a la interpretación auténtica del poder legislativo no se prevé expresamente en el Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790, aunque probablemente esta sería la intención de la Asamblea Constituyente francesa. Lo contrario habría dado lugar a una perpetuación del conflicto entre los tribunales ordinarios, obstinados en mantener su criterio sobre un determinado asunto, y el *Tribunal de cassation*, también empeñado en anular las resoluciones de aquellos dictadas en contravención a la ley. Vide E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la cassation*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 205; P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 2, pp. 59 a 64 y 76 a 78.

<sup>129</sup> Vide su artículo 256.

<sup>130</sup> Subsiguientemente, el *Tribunal de cassation* no era un órgano jurisdiccional creado para enjuiciar los derechos de las partes (*ius litigatoris*), sino un órgano de naturaleza política encargado de la defensa de la ley frente a los órganos judiciales (*ius constitutionis*). Así, estos juzgaban los derechos de las partes, mientras que aquel las resoluciones judiciales. Vide J. D. MEYER, *Esprit, origine et progres...*, op. cit., p. 420.

<sup>131</sup> Vide P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 2, pp. 66 a 76. Como explica este autor, tradicionalmente se explica el carácter negativo de la función del *Tribunal de cassation* porque, de habersele facultado para resolver todos los asuntos previamente sometidos a los dos grados de jurisdicción existentes, aquel habría disfrutado de una posición omnipotente no sometida a un control superior.

<sup>132</sup> El artículo 3 del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790, se refiere a la anulación, además de resoluciones judiciales por contravención expresa del texto de la ley (*contravention expresse au texte de la loi*), de todos los procesos en los cuales las formas hayan sido violadas, cuando las mismas estén prescritas bajo sanción de nulidad («*formes de procédure prescrites sous peine de nullité*»). Vide P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 2, págs. 89 a 94, quien fundamenta la inclusión en el ámbito de la casación de tales defectos procesales en que los mismos también tienen su origen en la desobediencia de una disposición legal.

<sup>133</sup> Así, de acuerdo con el artículo 20 del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790, «*dans le cas où la procé-*

23. La Asamblea Constituyente francesa estableció, a través del Decreto de 1 de mayo de 1790, un sistema de doble grado de jurisdicción en materia civil. Por tanto, el justiciable tenía derecho a que la resolución obtenida en la primera instancia fuera revisada una sola vez por otro órgano jurisdiccional distinto. En un principio, sin embargo, no existían órganos especiales de segunda instancia, sino que la apelación era resuelta por un tribunal limítrofe. Así, los tribunales limítrofes actuaban recíprocamente entre sí como órganos de segunda instancia<sup>134</sup>. No obstante, la reforma judicial derivada de la Ley del 27 ventoso del año VIII (18 de marzo de 1800) introdujo los tribunales especiales de segunda instancia, poniendo fin a ese sistema de apelación recíproca. En la época imperial estos tribunales de nueva planta fueron denominados *Cours d'appel*. Pues bien, partiendo de esta situación legal, es evidente que la casación no constituía una tercera instancia frente a las resoluciones dictadas por estos órganos de apelación<sup>135</sup>.

Es verdad que la actividad del *Tribunal de cassation* era promovida, fundamentalmente por los particulares. Pero la posibilidad de presentación por estos de una *demande en cassation* no tenía por objeto la defensa de sus intereses, eventualmente lesionados por una sentencia injusta. Antes al contrario, la *demande en cassation* era una especie de denuncia de los particulares que servía a la finalidad pública de detectar contravenciones legales cometidas por los órganos judiciales en el ejercicio de sus funciones, algo parecido a lo que acontecía en el ámbito del *Conseil des parties*<sup>136</sup>. No constituía, por ende, un medio de impugnación en manos de aquellos para obtener, en interés propio, la anulación de una resolución viciada. Por otra parte, la actividad del *Tribunal de cassation* también podía partir de la iniciativa de un funcionario adscrito a ese órgano llamado comisario del Rey (*commissaire du Roi*), que venía a ser lo que hoy conocemos como Ministerio Fiscal<sup>137</sup>, en defensa de la legalidad (*cassation dans l'intérêt de la loi*). Lo que no cabía era que el referido órgano de casación actuase de oficio para el descubrimiento y represión de posibles ataques a la ley perpetrados por los órganos jurisdiccionales<sup>138</sup>.

24. La denominación de *Tribunal de cassation*, así como la calificación de jueces (*juges*) de sus miembros integrantes<sup>139</sup>, no significa que, originariamente, este órgano tuviese naturaleza jurisdiccional. Su función fundamental era más bien constitucional, tendente a preservar la debida separación de los poderes del Estado<sup>140</sup>. Concretamente, se trataba de impedir que los jueces invadiesen el ámbito del poder le-

---

*ture aura été cassée, elle sera recommencée à partir du premier acte où les formes n'auront pas été observées; l'affaire sera plaidée de nouveau dans son entier et il pourra encore y avoir lieu à la demande en cassation contre le second jugement».*

<sup>134</sup> Este sistema de apelación recíproca fue instaurado por medio del Decreto 16-24 de agosto de 1790.

<sup>135</sup> Según explica M. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*, Saurin Frères, Paris, 1837, pp. 498 y 499, «la loi n'a établi que deux degrés de juridiction. Elle a créé les cours d'appel pour juger en dernier ressort; mais les actes émanés de ces cours n'ont le caractère de décisions souveraines qu'autant qu'ils son revêtus de toutes les formalités requises pour constituer un jugement. Si les formes ont été violées, il n'y a pas de jugement, à proprement parler; et la Cour de Cassation détruit un acte irrégulier; si, au contraire, toutes les formes ont été observées, le jugement est réputé la vérité même».

<sup>136</sup> Temporalmente el procedimiento aplicable tras la presentación de la *demande en cassation* fue el regulado en los artículos 22 a 25 del Reglamento de 1738 para el *Conseil des parties*. Así lo ordenaba el artículo 28 del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790: «Provisoirement et jusqu'à ce qu'il en ait été autrement statué, le règlement qui fixait le forme de proceder au conseil des parties sera exécuté au tribunal de cassation». El órgano encargado de examinar las solicitudes de los particulares e inadmitir las que estuviesen manifiestamente desprovistas de fundamento era la denominada *Chambre des requêtes*. El Reglamento de 1738 preveía una vista oral de carácter contradictorio entre la parte que pretendía la anulación de la sentencia y la que defendía el mantenimiento de la misma. Asimismo, el Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790 impuso la obligación de motivación del fallo y de publicidad en los registros del tribunal que emitió la resolución anulada (arts. 17 y 22).

<sup>137</sup> De conformidad con la Ley 16-24 de agosto de 1790, el *commissaire du roi* ejercía una función nomofiláctica y de control sobre el buen funcionamiento de los órganos judiciales.

<sup>138</sup> Vide P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 2, pp. 82-84 y 86-89.

<sup>139</sup> Originariamente, eran 42 los miembros integrantes del *Tribunal de cassation*, elegidos por un periodo de cuatro años entre personas mayores de treinta años con diez años de experiencia como juez u hombre de leyes. Vide artículo 3 del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790.

<sup>140</sup> Con arreglo al artículo 1 del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790, el cometido más importante del *Tribunal de cassation* consistía en resolver todas las demandas en casación contra los juicios realizados en última instancia («prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort»). No obstante, el mismo precepto también le atribuía, como funciones accesorias, el conocimiento de las demandas sobre reenvío de un tribunal a otro por causas de sospecha legítima («demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime»); conflictos

gislativo y de vigilar el estricto cumplimiento por estos de las leyes. En definitiva, el *Tribunal de cassation* desarrollaba, en sus comienzos, una función nomofiláctica, no jurisdiccional<sup>141</sup>. En este sentido, existe una gran afinidad entre la facultad que tenía el Rey, en el ámbito del Antiguo Régimen (*Ancien Régime*), de anular las resoluciones de los Parlamentos (*Parlements*) dictadas en contravención de las ordenanzas reales y la función del *Tribunal de cassation* de anular las resoluciones de los jueces por violación de la ley. La diferencia fundamental es que en el Antiguo Régimen (*Ancien Régime*) el soberano pretendía, a través de esa facultad de anulación y en interés propio, el mantenimiento de su autoridad, mientras que el objetivo de los revolucionarios franceses era la defensa del principio de separación de poderes<sup>142</sup>. Por tanto, en la configuración inicial del *Tribunal de cassation* falta la función de unificación de la jurisprudencia de los tribunales; función que con posterioridad se convertirá en la más importante de dicho órgano.

## D) Evolución posterior

25. Los revolucionarios franceses rechazaron la posibilidad de que el *Tribunal de cassation* pudiese desarrollar cualquier tipo de interpretación jurisprudencial. Sin embargo, con el paso del tiempo este órgano sufrió una evolución, pasando su función principal de controlar al poder judicial a unificar la jurisprudencia de los tribunales. Esta evolución fue posible por la desaparición de la desconfianza que los revolucionarios franceses tenían respecto al poder judicial, heredada de los acontecimientos vividos en el Antiguo Régimen (*Ancien Régime*); y por la codificación del Derecho positivo, condición indispensable para la uniformidad de la jurisprudencia<sup>143</sup>, lo que se produjo a través del Código Civil francés (*Code Civil des Français*) de 1804<sup>144</sup>.

Así se distinguía entre la ya referida interpretación auténtica, correspondiente al poder legislativo; y la jurisprudencial, cuyo desarrollo tenía que ser encomendado al poder judicial para no restarle toda operatividad práctica. Se reconoció la imposibilidad de que el Derecho positivo recogiese todos los supuestos susceptibles de acontecer en la vida real, así como el derecho, y a la vez obligación, de los jueces de interpretar la ley en el asunto concreto que les era planteado para su resolución, con la consiguiente derogación del *référé facultatif*<sup>145</sup>. Y de ello siguió la necesidad de que los múltiples criterios interpretativos de los tribunales ordinarios fuesen uniformizados por el *Tribunal de cassation*. En definitiva, la evolución que padeció este órgano, que pasó a denominarse *Cour de cassation*<sup>146</sup>, se prolongó durante cerca de cincuenta años, hasta el dictado de la Ley de 1 de abril de 1837<sup>147</sup>.

---

de jurisdicción y reglamentos de jueces («*conflits de juridiction et règlement de juges*»); y las demandas de responsabilidad civil contra todo un tribunal («*demandes de prise à partie contre un tribunal entier*»).

<sup>141</sup> Sin embargo, hay autores que se posicionan a favor de la naturaleza jurisdiccional del *Tribunal de cassation*. En este sentido, J.L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Revolution*, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, p. 83, señala que «*la loi du 27 novembre-1 décembre 1790 a donné au Tribunal de cassation toutes les caractéristiques d'un organe judiciaire*». Igualmente, para F. MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di cassazione*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1994, p. 23, «*il sistema della cassazione si trova da sempre nell'area della giurisdizione*».

<sup>142</sup> Cfr: P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 2, pp. 53-57. Vide también P.A. MERLIN, «*Voz Cassation*», *Répertoire universel...*, op. cit., t. III, 1825, pp. 368 y ss. (t. III disponible en: [https://books.google.fr/books?id=oHwPAAAQAQAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.fr/books?id=oHwPAAAQAQAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)), para quien la innovación fundamental de los revolucionarios franceses fue separar la función de casación del ámbito de la monarquía. Sobre el principio de separación de poderes en Francia, vide D. COHEN, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Économica, Paris, 1987, pp. 16 y ss., que considera esencial partir del Antiguo Régimen (*Ancien Régime*) para entender la génesis de dicho principio.

<sup>143</sup> La imposibilidad de obtener una jurisprudencia uniforme hasta la codificación del Derecho objetivo se deducía del artículo 3 del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790, a cuyo tenor «*jusqu'à la formation d'un Code unique de lois civiles, les contraventions aux lois particulières aux différentes parties de l'Empire donneront ouverture à la cassation*».

<sup>144</sup> El Código Civil francés (*Code Civil des Français*) fue aprobado por la Ley de 21 de marzo de 1804, aunque a partir de la Ley de 3 de septiembre de 1807 recibió la denominación de Código de Napoleón (*Code Napoléon*).

<sup>145</sup> En este sentido, hay que llamar la atención sobre la norma que impedía que el litigio quedase imprejuizado. Así, el juez no podía dejar de resolver el asunto bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, tal y como advertía el artículo 4 del Código de Napoleón: «*le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*». Y a través de este mismo precepto se suprimió el *référé* de carácter facultativo.

<sup>146</sup> La denominación *Cour de cassation*, que se mantiene en Francia hasta el día de hoy, fue impuesta por el artículo 136 del Senado-consulta del 28 de floreal del año XII (18 de mayo de 1804). Por su parte, el artículo 1 del Decreto de 19 de marzo de 1810 otorga el título de consejeros a los jueces de ese órgano: «*les juges de la Cour de cassation prennent le titre de conseiller*».

<sup>147</sup> Cfr: P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 2, pp. 109 a 113.

26. En esta evolución hay que destacar la progresiva ampliación de las posibilidades de actuación de la *Cour de cassation* y la consiguiente apertura de los motivos que podían ser invocados para obtener la anulación de una resolución judicial<sup>148</sup>. Así, a partir del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790 se sucedieron una serie de disposiciones legales hasta llegar a la Ley sobre la organización del ordenamiento judicial de 20 de abril de 1810, que sustituyó la fórmula de la contravención expresa del texto de la ley (*contravention expresse au texte de la loi*) por la más amplia de contravención expresa de la ley (*contravention expresse à la loi*)<sup>149</sup>. Ello dio lugar a la admisibilidad de la casación de una resolución judicial por contrariar el espíritu de una ley o, en otras palabras, la intencionalidad que, racionalmente, se pudiese deducir de una norma legal<sup>150</sup>.

Por su parte, el Código de Napoleón también favoreció que el instituto de la casación diera un paso adelante. El artículo cuarto de dicho Código prohibía, según se ha anotado anteriormente, que el juez dejase de resolver el asunto bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (*sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi*). Pues bien, de tal prohibición derivaba la facultad y deber del juez de interpretar la ley, lo que no podía evitar que este se equivocase al emitir su juicio. De esta manera se admitió la posibilidad de pedir la anulación de una sentencia por falsa interpretación de la ley (*fausse interprétation de la loi*), que, en la práctica, se convirtió en el motivo más frecuentemente invocado por los particulares, así como en la causa más importante de transformación de la *Cour de cassation*<sup>151</sup>.

27. Al margen de las distintas modificaciones legales, que indudablemente contribuyeron al desarrollo de la casación, quien tuvo un papel fundamental en su evolución y perfeccionamiento fue la propia *Cour de cassation*<sup>152</sup>. Al respecto, este órgano dio el siguiente paso al comenzar a admitir no solo los errores en la interpretación de la ley, sino también los errores en la aplicación de la ley (*fausse application de la loi*)<sup>153</sup>. Ello supuso que el control del órgano casacional llegase a la calificación jurídica de los hechos realizada por el juez ordinario. Se trataba de verificar si este había relacionado correctamente los hechos controvertidos con el supuesto de hecho previsto en la concreta norma jurídica aplicada para resolver el litigio<sup>154</sup>. Es decir, la *Cour de cassation* procedía ahora a analizar si el juez ordinario había aplicado correctamente el Derecho al supuesto de hecho específico planteado en la práctica; y esto le obligaba a descender a la relación jurídica controvertida, si bien dentro de los límites de las cuestiones de Derecho<sup>155</sup>.

Por tanto, el error en la aplicación de la ley se une a los otros dos motivos ya existentes: la contravención de la ley (*contravention expresse à la loi*) y el error en la interpretación de la ley (*fausse interprétation de la loi*). Pero, además, la *Cour de cassation* decidió fiscalizar la interpretación contrac-

<sup>148</sup> Para una visión general de las distintas fases que se sucedieron en tal evolución, vide M. PESCATORE, *Filosofia e Dottrine Giuridiche*, Fratelli Bocca, vol. 1, 1874, pp. 442 y ss. (vol. 1 disponible en: [https://books.google.fr/books/about/Filosofia\\_e\\_dottrine\\_giuridiche\\_per\\_M\\_Pe.html?id=25NnQXfD3qwC&redir\\_esc=y](https://books.google.fr/books/about/Filosofia_e_dottrine_giuridiche_per_M_Pe.html?id=25NnQXfD3qwC&redir_esc=y)).

<sup>149</sup> Esto aconteció a partir de la Constitución de 1791, cuyo artículo segundo contenía la referencia a la «*contravention expresse de la loi*»; referencia que fue después reproducida en otros textos legales como la Constitución de 1793 (art. 99); la Constitución de 1795 (art. 255); o la Ley sobre organización judicial y administración de justicia (art. 7).

<sup>150</sup> M. PESCATORE, *Filosofia...*, op. cit., p. 442.

<sup>151</sup> Vide F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Chevalier-Marescq, París, 1899, pp. 81 y ss.

<sup>152</sup> C. FURNO, «Problemi attuali della Corte di cassazione», *Revista di diritto processuale*, 1958, p. 482. Sobre la ampliación de los motivos de casación derivada de la evolución jurisprudencial, vide E. DALLOZ, «Voz Cassation», *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. XII, Librairie Dalloz, París, 1911, pp. 216 y ss.

<sup>153</sup> La posibilidad de anulación de sentencias por falsa aplicación de la ley (*fausse application de la loi*) tuvo lugar primero en el ámbito penal, extendiéndose después al ámbito civil. Así, el artículo 23 de la Ley 16-29 de septiembre de 1791 y el artículo 1 del Decreto de 29 de septiembre-21 de octubre de 1791 ya recogían ese motivo de casación. Vide TARBE, A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Roret, París, 1840, núms. 604 y 608.

<sup>154</sup> Repárese que ese motivo consistente en la falsa aplicación de la ley (*fausse application de la loi*) contrariaba la norma contemplada en el artículo 3 del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790, que prohibía al *Tribunal de cassation* conocer del fondo del asunto, bajo ningún pretexto y en ningún caso («*sans aucun prétexte et en aucun cas*»).

<sup>155</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I, vol. 2, p. 140, quien concluía que la *Cour de cassation* «no podía dar cumplimiento a su función sino examinando y corrigiendo la aplicación del derecho al hecho, esto es, llevando a cabo un trabajo de naturaleza netamente jurisdiccional».

tual efectuada por los jueces ordinarios (*fausse interprétation d'un contrat*), con fundamento en que, si un contrato es ley entre los contratantes<sup>156</sup>, una errónea interpretación de su contenido se corresponde con una errónea interpretación de la ley. Finalmente, aunque en un principio ese órgano se limitaba a mencionar en sus resoluciones la norma legal vulnerada, también inició la práctica de motivar sus resoluciones<sup>157</sup>. Así se añadió la fundamentación insuficiente de la sentencia (*défaut de base légale*) a los demás motivos casacionales<sup>158</sup>.

**28.** Las nuevas atribuciones que, por la vía de hecho, iba progresivamente asumiendo la *Cour de cassation* fueron objeto de reconocimiento a través de la Ley de 1 de abril de 1837. Así, su artículo segundo establecía que cuando este órgano, en secciones reunidas, hubiera acordado la segunda anulación de una sentencia ya casada por el mismo motivo, el juez de reenvío debía atenerse a la decisión de la *Cour de cassation* sobre la cuestión de Derecho resuelta por la misma. Esto dio lugar a la abolición por innecesario del *référé obligatoire*, que se había mantenido vigente a lo largo de distintas regulaciones. No obstante, la decisión de la *Cour de cassation* solo tenía fuerza obligatoria para el juez de reenvío, no alcance general, al tiempo que el poder legislativo conservaba su derecho a dictar leyes interpretativas, cuando lo considerase procedente. Por ende, la denominada interpretación auténtica seguía correspondiendo a este poder, mientras que la *Cour de cassation* desarrollaba la llamada interpretación jurisprudencial<sup>159</sup>.

A pesar de ello, la reseñada ley provocó una transformación de la función de este órgano, que de ser meramente negativa pasó a influir positivamente, por un lado, sobre el asunto concreto resuelto por la sentencia anulada; y, por otro, sobre todos los asuntos análogos que pudieran surgir con posterioridad. En definitiva, aunque el criterio de dicho órgano solo tenía fuerza vinculante en el concreto proceso en el que se había adoptado, en la práctica también ejercía una indudable influencia respecto a futuros procesos con el mismo objeto. Así, los jueces ante los que se presentase un caso similar al decidido por la *Cour de cassation* se veían moralmente coaccionados por el criterio mantenido por este órgano en ese caso anterior. Y es que, si aquellos se apartaban del criterio de la *Cour de cassation*, corrían el riesgo de que sus resoluciones fuesen anuladas con posterioridad. De esta manera, este órgano desarrollaba una función de unificación de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios<sup>160</sup>; y, desde esta perspectiva, formaba ya parte de la organización judicial, ocupando su cúspide y ejerciendo una función de naturaleza jurisdiccional<sup>161</sup>.

**29.** Tras el dictado de la Ley de 1 de abril de 1837 se sucedieron en Francia otras muchas disposiciones legales que fueron perfeccionando el instituto de la casación, entendido como el resultado de la combinación de dos elementos complementarios entre sí: el primero correspondiente al ámbito judicial, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*); y el segundo de naturaleza procesal, el recurso de casación (*pourvois en cassation*)<sup>162</sup>. Entre tales disposiciones cabe destacar la Ley de 23 de julio de 1947, que, con el propósito de imprimir una mayor celeridad en la tramitación del recurso de casación, eliminó la *Chambre des requêtes*; y la Ley de 3 julio de 1967, de reorganización de la *Cour de cassation*. Dichas le-

<sup>156</sup> Vide artículo 1134 del Código de Napoleón.

<sup>157</sup> En un primer momento se admitió la casación de sentencias carentes de toda motivación; y después la de aquellas con una motivación insuficiente. En el ámbito civil la referida práctica se impuso legalmente en el artículo 6 del Decreto de 4 de germinal del año II (24 de marzo de 1794). Vide A.P. TARBE, *Cour de cassation...*, op. cit., núm. 696; E. FAYE, *La cour de cassation*, Edouard Duchemin, Paris, 1903 (reed. 1970), p. 646.

<sup>158</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 2, pp. 114-119; M. MORÓN PALOMINO, «Ensayo sobre el origen y evolución del recurso de casación en Francia», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, núm. 15, 1997, pp. 82-84.

<sup>159</sup> La interpretación jurisprudencial, junto con la doctrinal, conformaban la interpretación científica, en contraposición a la legislativa.

<sup>160</sup> A esta función de unificación jurisprudencial contribuyó de manera notable la publicación de las resoluciones de la *Cour de cassation*. Ello se impuso por medio de un *arrêt* del Directorio ejecutivo del 28 de vendimiario del año V, que establecía que dichas resoluciones habían de quedar impresas en fascículos integrantes de un *Bulletin officiel*, «pour l'instruction des juges, et pour extirper une foule de procès sans cesse renaissant sur les mêmes questions». No obstante, con anterioridad el artículo 22 del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790 ya ordenaba la impresión e inscripción de la decisión casada en los Registros del Tribunal.

<sup>161</sup> Vide P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 2, pp. 119 a 142.

<sup>162</sup> P. CALAMANDREI, *La casación...*, op. cit., t. I., vol. 1, p. 26.

yes fueron complementadas por distintos decretos como el de 22 de diciembre de 1967 y otros dictados con posterioridad, mereciendo especial mención el de 7 de noviembre de 1979<sup>163</sup>. Este último decreto introduce en el *Nouveau Code de procédure civile* la regulación de la casación (arts. 604 a 639), con un ámbito de contradicción más amplio con respecto a la ya superada fórmula de la contravención expresa del texto de la ley (*contravention expresse au texte de la loi*); y a la ulterior de la contravención expresa de la ley (*contravention expresse à la loi*), derivada de la antes mencionada Ley sobre la organización del ordenamiento judicial de 20 de abril de 1810<sup>164</sup>.

**30.** Con relación a las funciones ejercidas en la actualidad por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*), a través del recurso de casación (*pourvois en cassation*), la doctrina moderna francesa realiza la tradicional distinción entre la función reguladora (*fonction régulatrice*) y la función disciplinaria (*fonction disciplinaire*)<sup>165</sup>. La primera es llevada a cabo mediante la interpretación y desarrollo de la ley, lo que da lugar a la creación de normas jurídicas: el llamado Derecho jurisprudencial<sup>166</sup>. Ello en contraposición al Derecho positivo, que nace de la ley y da lugar a disposiciones generales y abstractas<sup>167</sup>. Las resoluciones de ese órgano jurisdiccional solo tienen eficacia jurídica en el caso concreto al que se refieren, no frente a los litigios que puedan surgir en el futuro ante otros tribunales ordinarios. Pero, si bien los tribunales ordinarios mantienen plena libertad a la hora de juzgar, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ejerce una indudable influencia en ellos derivada de su capacidad de convicción (*auctoritate rationis*), más que de su autoridad (*rationae auctoritatis*)<sup>168</sup>.

Por su parte, la función disciplinaria (*fonction disciplinaire*) tiene por objeto la anulación de las sentencias dictadas en contra de la ley o, dicho de otro modo, el mantenimiento de las normas legales preestablecidas<sup>169</sup>. Así, el recurso de casación se establece en el interés general de que se respete la ley<sup>170</sup>; interés que viene a prevalecer sobre el propio del recurrente a quien perjudica la resolución recurrida<sup>171</sup>. Esta función sirve al mismo tiempo al interés privado de las partes del proceso y a la necesidad pública de imponer a los tribunales de instancia el respeto de las normas legales tanto de fondo como de forma<sup>172</sup>. Eso sí, conviene tener presente que, en caso de estimación del recurso, el tribunal casacional no puede dictar una resolución propia que sustituya a la emanada de los órganos de instancia<sup>173</sup>. Tan solo puede anular la sentencia recurrida y remitir el asunto al tribunal ordinario correspondiente, quien resolverá nuevamente sobre el fondo<sup>174</sup>.

<sup>163</sup> En Francia, a partir de 1967, con carácter excepcional, y de 1979, con carácter general, se establece la casación sin reenvío.

<sup>164</sup> Cfr. P. THERY, «La reforma della Corte di cassazione francese», *Rivista di diritto processuale*, 1979, p. 657; M. MORÓN PALOMINO, «Ensayo sobre el origen y evolución...», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, núm. 15, p. 85.

<sup>165</sup> Vide G. MARTY, *La distinction du fait et du droit: essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 282; G. PICCA y L. COBERT, *La Cour De Cassation*, Presses Universitaires De France, Paris, 1986, pp. 30 y ss.; F. FERRAND, *Cassation française et revision allemande*, PUF, 1993, p. 40; M.N. JOBARD-BACHELLIER y X. BACHELLIER, *La technique de cassation: Pourvois et arrêts en matière civile*, 3ª ed., Dalloz, Paris, 1994, p. 41; J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1997, p. 223. Sobre la función disciplinaria, vide A. PERDRIAU, «Le rôle disciplinaire du juge de cassation», *Semaine juridique*, núm. 28, Etude, I 1150, 2002, pp. 1292-1294.

<sup>166</sup> Sobre el tema, vide N. MOFESSIS (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004.

<sup>167</sup> Los jueces, en cambio, no pueden pronunciarse por la vía de una disposición general y reglamentaria, esto es, dictar las denominadas sentencias reglamentarias, según se desprende del artículo 5 del Código Civil francés.

<sup>168</sup> Cfr. L. CADIEU, «El sistema de...», *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, op. cit., pp. 28 y 29.

<sup>169</sup> F. FERRAND, *Cassation française...*, op. cit., p. 64.

<sup>170</sup> En este sentido, la función disciplinaria es congruente con los motivos que dieron origen al recurso de casación, en su configuración derivada del Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790.

<sup>171</sup> E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, PUL, 1985, p. 255.

<sup>172</sup> F. FERRAND, «Les cas d'ouverture à cassation en droit français», *El recurso de casación civil*, dir. J. BONET NAVARRO y coord. J. MARTÍN PASTOR, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 592 y 593.

<sup>173</sup> A tenor del artículo L. 411-2 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*), la *Cour de cassation* no conoce del fondo de los asuntos, salvo disposición legal en contra.

<sup>174</sup> Según se establece en la parte dispositiva de las sentencias de casación, la *Cour de cassation* «casa, anula y remite...». Cfr. L. CADIEU, «El sistema de...», *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, op. cit., pp. 27-30, quien pone de manifiesto que «hoy la *Cour de cassation* se debate entre estas dos funciones, de un lado la disciplinaria y de otro la normativa».



## E) Expansión a Europa

31. La casación francesa se extendió por gran parte de Europa, llegando también a ciertos Estados ubicados fuera de ella. No obstante, su recepción y evolución fue distinta en los países que la acogieron. Algunos de ellos introdujeron la casación en sus ordenamientos jurídicos según fue configurada originalmente. Los países que recibieron la casación francesa en su configuración original fueron Bélgica, Bulgaria, España, Grecia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumanía, Serbia, Turquía y Rusia<sup>175</sup>. Otros, en cambio, aceptaron el sistema casacional no en su forma originaria, sino derivada (revisión germánica). La revisión germánica se basa en un modelo en el cual, originariamente, el Tribunal Supremo constituye una instancia más del proceso, que puede ser la segunda o tercera, dependiendo de los supuestos. A través de la revisión este órgano, situado en la cúspide de la organización judicial, desarrolla una función de control sobre la aplicación e interpretación de la ley por los jueces en el caso concreto. Desde este punto de vista, se trata de un modelo que pretende la protección del derecho de los litigantes (*ius litigatoris*), más que la defensa de la norma jurídica (*ius constitutionis*), propio de la casación en un principio.

Sin embargo, en la práctica ambos intereses conviven en la revisión germánica y en la casación, pudiendo constatarse una homogeneización de la finalidad a la que se dirigen estos recursos en su evolución: la uniformidad de la jurisprudencia. En este sentido, a partir de la unificación de Alemania, que culminó en 1871, se inicia también en este país el proceso codificador tendente a obtener la unidad del Derecho, lo que da lugar a la necesidad de unificar la interpretación judicial del ordenamiento jurídico, así como de desarrollarlo. Para ello se creó en 1879 un órgano judicial supremo denominado el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*). Pero fue la Constitución de 23 de mayo de 1949 la norma que dejó definitivamente establecida la cúspide de la organización judicial alemana. Así, en su artículo 95 se prevé la existencia de un Tribunal Supremo Federal encargado de la resolución de los recursos de revisión formulados por las partes en materia civil y penal. Este sistema de la revisión germánica fue acogido por Austria, Finlandia, Hungría y Suiza<sup>176</sup>.

## F) Asunción en España

32. Centrándonos en España, el origen del recurso de casación parece estar en la Constitución de Cádiz de 1812<sup>177</sup>, aunque no se trata de una cuestión pacífica<sup>178</sup>. Sobre lo que no hay dudas es que su precedente más inmediato se encuentra en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, donde se establecía el régimen definitivo de los recursos de nulidad<sup>179</sup>, distinguiéndose entre los vicios que afectan

---

La función jurisprudencial y normativa no tiene verdadero sentido más que si la *Cour de cassation* puede realizar una obra de pedagogía en sus decisiones, lo que supone que pueda tener tiempo para dictar sentencias con una motivación extensa con ocasión de una serie de asuntos que tengan un valor ejemplar, mientras que la función jurisdiccional y disciplinaria le impone por el contrario la necesidad de conocer todos los recursos que ante ella se interpongan, lo que le enfrenta a una masa de expedientes que le obliga a un tratamiento en cadena y a una racionalización de sus procedimientos». Sobre el tema, *vide* M. BILLIAU, «Quel rôle pour la Cour de cassation au XXI<sup>e</sup> siècle?», *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, Paris, 2003, pp. 31-41.

<sup>175</sup> *Vide* P. CALAMANDREI, *La casación...*, *op. cit.*, t. I., vol. 2, pp. 259-267.

<sup>176</sup> *Vide* P. CALAMANDREI, *La casación...*, *op. cit.*, t. I., vol. 2, pp. 187-252 y 269-279.

<sup>177</sup> El artículo 259 de la Constitución de Cádiz de 1812 estableció un Supremo Tribunal de Justicia, al que se le atribuía el conocimiento de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo y hacer efectiva la responsabilidad de que se trata en el artículo 254.

<sup>178</sup> De hecho, buena parte de la doctrina española niega la semejanza entre el recurso de nulidad regulado en la Constitución de Cádiz de 1812 y la casación. *Vide* M. DE LA PLAZA, *La casación civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 95, para quien la nulidad «se asemeja a la *querella nullitatis*, más que a la casación *strictu sensu*»; V. FAIRÉN GUILLÉN, «La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)», *Temas del ordenamiento procesal*, t. I., Tecnos, Madrid, 1969, pp. 203 y ss.; F. JIMÉNEZ CONDE, «Precedentes del error de hecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, 1977, p. 796. Sobre el origen de la casación civil española, *vide* también J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *La casación civil (revisión crítica)*, Ediser, Barcelona, 1979, pp. 14 y ss.; J. MUERZA ESPARZA, *El motivo 1º del artículo 1692 de la LEC y su evolución*, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 23 y ss.; J. VICENTE CHAMORRO, *El recurso de casación en materia civil*, Aranzadi, Pamplona, 1991, pp. 35 y ss.

<sup>179</sup> Hay conformidad en la doctrina en que, a través de la regulación contenida en el Real Decreto de 4 de noviembre de

a la sentencia (*in iudicando*) y los vicios relativos al proceso (*in procedendo*)<sup>180</sup>. En el ámbito civil la casación fue introducida posteriormente, con esta denominación<sup>181</sup> y con las características fundamentales que hoy conserva, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855<sup>182</sup>. Este recurso, cuyo conocimiento se atribuyó desde el principio a un órgano judicial situado en el vértice de la organización judicial española, el Tribunal Supremo<sup>183</sup>, se ha calificado tradicionalmente de extraordinario. Ello porque solo cabe frente a ciertas resoluciones judiciales y por determinados motivos legales. Con ese mismo carácter de extraordinario la casación pasó a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 1686 a 1795)<sup>184</sup>, reformada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto<sup>185</sup>, y por la Ley 10/1992, de 30 de abril<sup>186</sup>. En la actualidad, la regulación de dicho recurso extraordinario queda contenida en la Ley de Enjuiciamiento de 2000 (arts. 477 a 489)<sup>187</sup>.

**33.** Con relación a las finalidades de la casación en España, doctrinalmente se suele distinguir<sup>188</sup>, por un lado, la defensa del interés de los particulares y, en especial, del recurrente (*ius litigatoris*). A este respecto, la interposición de este recurso extraordinario da lugar a una revisión por el órgano casacional del enjuiciamiento de los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, lo que permite que se haga justicia en el caso concreto en beneficio de los interesados<sup>189</sup>. Y, por otro, la defensa del Derecho obje-

---

1838, se pretendió introducir la casación, si bien con una denominación distinta. *Vide* M. DE LA PLAZA, *La casación...*, *op. cit.*, p. 97, para quien «la traza del recurso de nulidad se asemeja a la del de casación»; F. JIMÉNEZ CONDE, «Precedentes del error de hecho...», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, *op. cit.*, p. 807.

<sup>180</sup> Así, la interposición del recurso de casación procedía tanto si la sentencia impugnada fuese contraria a la ley clara y terminante (art. 3) como si en las instancias se hubiesen infringido las normas de enjuiciamiento a causa de ciertos defectos procesales previstos en el artículo 4 del referido Decreto.

<sup>181</sup> La denominación de casación fue primeramente utilizada en el Real Decreto de 22 de junio de 1852, que establecía el procedimiento relativo a las causas de contrabando y defraudación a la Hacienda Pública. Posteriormente, la Real Cédula de 30 de enero de 1855, sobre Administración de Justicia en Ultramar, contenía la regulación de un verdadero recurso de casación.

<sup>182</sup> En esta ley procesal civil se preveía un recurso de casación por infracción de ley (art. 1012) y por quebrantamiento de forma (art. 1013).

<sup>183</sup> El Tribunal Supremo ejercía una jurisdicción positiva cuando la casación se fundaba en defectos relativos a la sentencia (*in iudicando*), en cuyo caso anulaba la sentencia y emitía una nueva, resolviendo el objeto del proceso; y negativa cuando el recurso estaba fundamentado en vicios procesales (*in procedendo*), ya que solo procedía a la anulación de la sentencia y a la devolución de la causa al tribunal de origen, retrotrayéndose las actuaciones al momento de la infracción. Esta regulación de la casación, contenida en los artículos 1010 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, se incorporó a las normativas procesales de numerosos países de Latinoamérica. Al respecto, *vide* A. BREU BURELLI y L.A. MEJÍA ARNAL, *La casación civil*, Alva, Caracas, 2000, pp. 65 y ss.

<sup>184</sup> De la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hay que destacar la existencia de un nuevo motivo de infracción de ley relativo al error de hecho en la apreciación de la prueba. Así se introdujo la valoración de los hechos en el ámbito de la casación española. En resumen, en esta ley procesal civil se preveían dos modalidades de casación de las sentencias definitivas dictadas en apelación (o en única instancia, en ciertos supuestos): por infracción de ley, que daba lugar a un examen de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, así como del respeto de la jurisprudencia, realizada por los tribunales de instancia; y por quebrantamiento de forma, con el objeto de controlar la regularidad de los actos y garantías procesales.

<sup>185</sup> Esta reforma elimina de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la distinción formal entre las dos modalidades referidas de casación, si bien se mantienen los motivos que daban lugar a cada una de ellas. Sobre el tema, *vide* M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Del recurso de casación», *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 784 y ss.

<sup>186</sup> La reforma derivada de esta Ley suprime como motivo de casación el error de hecho en la apreciación de la prueba. Sobre el tema, *vide* M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Del recurso de casación», *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/92, de medidas urgentes de reforma procesal)*, dir. J. MONTERO AROCA, Civitas, Madrid, 1993, pp. 215 y ss.

<sup>187</sup> *Cfr.* J. MONTERO AROCA y J. FLORS MATÍES, *El recurso de casación civil*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 320-327.

<sup>188</sup> *Vide*, entre otros, C. MARTÍN BRAÑAS, *El recurso de casación civil por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales: Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Supremo*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 354 y ss.; J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 28 y ss.; J. NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 76; M. LOREDO COLUNGA, *La casación civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 194 y ss.; J. MONTERO AROCA y J. FLORS MATÍES, *El recurso...*, *op. cit.*, p. 334; T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 257; V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil* (con V. CORTÉS DOMÍNGUEZ), 7ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 371.

<sup>189</sup> La salvaguarda del derecho de los litigantes se refleja en el artículo 487 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que ordena que, en caso de estimación del recurso de casación, el órgano casacional resuelva sobre el caso declarando lo que corresponda.

vo o función nomofiláctica<sup>190</sup> y la obtención de un criterio uniforme en la interpretación y aplicación de la ley (*ius constitutionis*)<sup>191</sup>. Estos dos últimos fines se imponen sobre el anterior más aún en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que refuerza el carácter público de la casación, sin dejar de constituir una garantía de realización de justicia para los particulares<sup>192</sup>.

Cabe destacar el progresivo peso que ha ido cobrando la uniformización de la jurisprudencia, la cual, desde el origen de la casación en España hasta la actualidad, ha sido considerada por la doctrina uno de sus cometidos indiscutibles<sup>193</sup>. Incluso un sector de la misma ha defendido la prevalencia de dicha uniformización jurisprudencial sobre la nomofilaquia<sup>194</sup>, mayormente tras la entrada en vigor de la ley procesal civil de 2000<sup>195</sup>. No obstante, la creación de un criterio único con arreglo al cual interpretar y aplicar la ley requiere que haya un solo órgano jurisdiccional que conozca del recurso de casación. En España, por el contrario, además de la Sala Primera del Tribunal Supremo, también pueden conocer de ese recurso las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que son los órganos que se encuentran en la cúpula de la organización judicial de las distintas Comunidades Autónomas<sup>196</sup>.

## 2. Criterios de admisión

**34.** Según sabemos, el sistema procesal civil francés sigue el principio de doble grado de jurisdicción. La apelación abre la segunda instancia y permite una revisión, desde el punto de vista fáctico y jurídico, del asunto resuelto en primera instancia. En cambio, la casación no supone una tercera instancia, sino que constituye un recurso extraordinario que solo permite el control de la legalidad de la resolución dictada por los órganos judiciales de primera instancia y apelación<sup>197</sup>. Ello se desprende del artículo

<sup>190</sup> La relevancia de la función nomofiláctica se pone de manifiesto en el hecho de que el motivo de casación, de conformidad con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consiste en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

<sup>191</sup> La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, luego de referirse a la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial como uno de los elementos determinantes del ámbito de la casación, añade que esta es, si se quiere, una función indirecta de la casación, pero está ligada al interés público inherente a ese instituto desde sus orígenes y que ha persistido hasta hoy. Asimismo, el logro de una jurisprudencia uniforme cobra toda su importancia cuando el criterio de admisión de la casación en el que el recurrente basa su recurso es el interés casacional (art. 477.3 LECiv).

<sup>192</sup> Cfr. J. MONTERO AROCA y J. FLORS MATÍES, *El recurso...*, op. cit., p. 334.

<sup>193</sup> Vide, entre otros, P. GÓMEZ DE LA SERNA y J.M. MONTALBÁN, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, t. II, Librería de Sánchez, Madrid, 1856, p. 421; J. DE VICENTE y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, t. IV, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1858, p. 85; J. M<sup>a</sup>. MANRESA y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. VI, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1895, p. 188; F. JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, p. 196; M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Del recurso de casación», *La reforma...*, op. cit., p. 217; A. BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 213 y 214; J. MONTERO AROCA y J. FLORS MATÍES, *El recurso...*, op. cit., p. 334.

<sup>194</sup> Vide, entre otros, J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *La casación civil...*, op. cit., p. 220; V. GUZMÁN FLUJÁ, *El recurso de casación civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 25.

<sup>195</sup> M. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil* (con M<sup>a</sup>. J. MASCARELL NAVARRO, J. CÁMARA RUIZ, R. JUAN SÁNCHEZ, J. BONET NAVARRO, R. BELLIDO PENADÉS, L.A. CUCARELLA GALIANA y J. MARTÍN PASTOR), 10<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, 2010, p. 548, señala que, «con explicación en su origen histórico, la casación cumple la finalidad que trasciende de los intereses de los litigantes que acuden a ella: la fijación y unificación de la jurisprudencia». Por su parte, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, (con A. DE LA OLIVA SANTOS y J. VEGAS TORRES), «Los recursos extraordinarios», *Curso de Derecho procesal civil II*, Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 280, considera que, «de las clásicas tres funciones del recurso de casación (protección del *ius litigatoris*, función nomofiláctica y creación de jurisprudencia), resulta claro que la LEC ha primado la última sobre las dos primeras. Es más, (...), todo el sistema de recursos está concebido y regulado con la finalidad de permitir a la Sala Primera del TS centrarse en esa función jurisprudencial». A favor de la unificación de la doctrina jurisprudencial como función primordial de la casación se manifiestan también, entre otros, G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Introducción al Derecho procesal*, 4<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 30; T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil*, 7<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 253, quien afirma que «mediante el recurso de casación se persigue unificar la jurisprudencia en la aplicación del derecho privado»; y V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil*, 5<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2014, p. 635, en cuya opinión «la nueva regulación del recurso de casación potencia decididamente la función uniformadora de la jurisprudencia, en detrimento de la función nomofiláctica y de la salvaguardia del «*ius litigatoris*» (...).».

<sup>196</sup> Así, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas pueden conocer de los recursos de casación fundados en la infracción de normas de Derecho civil, foral o especial, propio de la correspondiente Comunidad Autónoma, siempre que tal conocimiento se les haya atribuido por su Estatuto de Autonomía.

<sup>197</sup> Vide, entre otros, G. PICCA y L. COBERT, *La cour de cassation*, PUF, París, 1986, p. 7; F. FERRAND, *Cassation française...*, op. cit., p. 88; J. BORÉ, *La cassation...*, op. cit., p. 224.

604 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*), que señala que este recurso tiende a la censura por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) de la falta de conformidad de la sentencia impugnada con las normas jurídicas<sup>198</sup>. Por ende, tal control no recae sobre los hechos, sino solo sobre el Derecho. El carácter extraordinario de la casación se deduce tanto de la limitación de las resoluciones recurribles como de los motivos que pueden ser esgrimidos frente a la resolución impugnada.

### A) Resoluciones recurribles

35. No toda resolución es recurrible en casación, sino solo aquella que reúna una serie de condiciones legalmente establecidas. Con carácter general, el Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*)<sup>199</sup>, así como el Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*)<sup>200</sup>, reducen el acceso al recurso de casación a las resoluciones judiciales dictadas en última instancia. En síntesis, debe tratarse de una verdadera decisión jurisdiccional, que proceda de un órgano perteneciente a la organización judicial francesa<sup>201</sup>; dictada con carácter definitivo<sup>202</sup> y en última instancia<sup>203</sup>. Además, es preciso que haya sido debidamente notificada<sup>204</sup>; no haya devenido irrevocable<sup>205</sup> y no haya sido objeto de un recurso de casación previo<sup>206</sup>. Sin embargo, hay casos excepcionales en los que, a pesar de cumplirse tales condiciones, la posibilidad de interposición del recurso de casación se encuentra bien vedada o bien limitada por una disposición legal expresa<sup>207</sup>.

### B) Motivos de impugnación

36. Tampoco se puede invocar cualquier motivo para recurrir en casación una resolución que reúna las condiciones citadas. El Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*) no contiene una relación de los motivos que pueden ser esgrimidos por el recurrente, sino que se derivan de los usos y costumbres de la práctica forense. Estos motivos, que funcionan como presupuestos de apertura del recurso de casación (*cas d'ouverture à la cassation*), han sido objeto de diversas clasificaciones doctrinales<sup>208</sup>.

<sup>198</sup> El artículo 604 indica, textualmente, que «*le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit*».

<sup>199</sup> Vide su artículo L. 411-2.

<sup>200</sup> Vide su artículo 605.

<sup>201</sup> En consecuencia, quedan excluidos los denominados contratos judiciales; las medidas de administración judicial, que no son susceptibles de recurso (art. 537 CPC); las resoluciones de equidad, mediante las cuales el juez interviene como un amigable compositor de conflictos, y las resoluciones arbitrales. Cfr. L. CADJET, «El sistema de...», *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, op. cit., p. 31.

<sup>202</sup> Al respecto, son recurribles en casación las resoluciones que deciden el fondo del asunto. No obstante, el Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*) admite este recurso frente a las denominadas resoluciones mixtas, que son aquellas que deciden parcialmente el fondo del asunto y acuerdan alguna prueba o medida provisional (arts. 480 y 606 CPC); y también frente a las resoluciones sobre incidentes que pongan fin a la instancia (art. 607 CPC). En cambio, no pueden acceder a la casación, con independencia de la sentencia sobre el fondo, las resoluciones sobre pruebas o medidas provisionales, las resoluciones sobre incidentes que no pongan fin a la instancia y las demás resoluciones interlocutorias, salvo que la ley disponga lo contrario (arts. 150 y 608 CPC). Cfr. L. CADJET, «El sistema de...», *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, op. cit., pp. 31 y 32.

<sup>203</sup> Así, las resoluciones dictadas en apelación y las resoluciones dictadas en primera y única instancia son, normalmente, recurribles en casación. Vide artículos 35, 36, 39, 40, 536 y 613 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*).

<sup>204</sup> Vide artículo 611-1 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*).

<sup>205</sup> Vide artículos 408 a 410, 417 y 681 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*).

<sup>206</sup> Vide artículos 618 y 621 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*).

<sup>207</sup> Vide J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, op. cit., pp. 90 a 159.

<sup>208</sup> Entre otras, E. FAYE, *La cour...*, op. cit., p. 192, realiza una triple distinción entre la violación de la ley (*violation de la loi*), incluyendo la incompetencia (*incompétence*), el exceso de poder (*excès de pouvoir*) y la contradicción de sentencias (*contrariété de jugements*); la violación de las formas (*violation des formes*), en la que incluye la falta de motivación (*défaut de motifs*); y la falta de base legal (*défaut de base légale*). Por su parte, M.N. JOBARD-BACHELLIER y X. BACHELLIER, *La technique de cassation...*, op. cit., pp. 126 y ss., distinguen entre presupuestos de apertura de la casación principales (*cas d'ouverture principaux*), que son la violación de ley (*violation de loi*), la falta de base legal (*manque de base légale*), contradicción y defecto de motivación (*défaut et contradiction de motifs*) y la ausencia de contestación a las conclusiones de las partes (*défaut de réponse à conclusions*); y presupuestos de apertura de la casación marginales (*cas d'ouverture marginaux*), que son el exceso de poder

De conformidad con una de las más comunes, cabe distinguir entre la infracción de la ley (*atteinte à la légalité*) y la infracción a la lógica (*atteinte à la logique*)<sup>209</sup>.

Por un lado, la infracción a la ley (*atteinte à la légalité*), que es el principal supuesto de apertura de la casación, puede referirse a cualquiera de las normas integrantes del sistema de fuentes del Derecho: normas legales, normas reglamentarias como decretos u ordenanzas, normas consuetudinarias, usos obligatorios o principios generales del Derecho, tratados internacionales y normas de Derecho comunitario<sup>210</sup>. Tal infracción puede afectar a la interpretación de la norma de fondo (interpretación incorrecta de la ley) y también a la aplicación del Derecho a los hechos (aplicación incorrecta de la ley). Otras formas que puede adoptar la infracción de ley son el exceso de poder (*excès de pouvoir*), que, inicialmente, suponía la violación judicial del principio de separación de poderes, aunque en la actualidad implica algo más<sup>211</sup>; la desnaturalización (*dénaturation*), que se produce al ignorarse por los tribunales de instancia el sentido de los compromisos y acuerdos de las partes<sup>212</sup>, si bien progresivamente el control del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) se ha ido ampliando a todos los documentos escritos aportados al proceso<sup>213</sup>; y, por último, la pérdida de fundamento jurídico (*perte de fondement juridique*)<sup>214</sup>.

---

(*excès de pouvoir*), la incompetencia (*incompétence*), la contradicción de sentencias (*contrariété de jugements*), la pérdida de fundamento jurídico (*perte de fondement juridique*) y los vicios de forma (*vices de forme*). A juicio de C. FATTACINI (autora citada por F. FERRAND, «Les cas d'ouverture à cassation en droit français», *El recurso...*, *op. cit.*, p. 594) ciertos presupuestos de apertura tienden a censurar la transgresión directa de la norma de Derecho: violación de ley (*violation de la loi*), exceso de poder (*excès de pouvoir*) y vicio de forma (*vice de forme*); mientras que los demás se dirigen a sancionar una presentación incompleta de las condiciones de aplicación de la norma de Derecho: falta de base legal (*manque de base légale*) y falta de motivación (*défaut de motifs*). Finalmente, J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, *op. cit.*, págs. 351 y 352, adoptan el criterio, mantenido en anteriores ediciones de esta obra, de distinguir, por un lado, los casos de apertura que sancionan un error de derecho (*erreur de droit*), la violación de la ley (*violation de la loi*), la incompetencia (*incompétence*) y el exceso de poder (*excès de pouvoir*), la inobservancia del procedimiento (*inobservation des formes de procédure*), la contradicción de sentencias (*contrariété de jugements*) y la pérdida de fundamento jurídico (*perte de fondement juridique*); y, por otro, aquellos que sancionan un vicio de motivación (*vice de motivation*), la falta de motivación (*défaut de motifs*), falta de base legal (*défaut de base légale*) y la desnaturalización (*dénaturation*).

<sup>209</sup> Vide L. CADIET y E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2009, núms. 870 y ss.; L. CADIET, «El sistema de...», *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, *op. cit.*, pp. 32-34. Siguiendo el criterio de estos autores, vide F. FERRAND, «Les cas d'ouverture à cassation en droit français», *El recurso...*, *op. cit.*, pp. 594-615.

<sup>210</sup> Por tanto, es indistinto el origen nacional o internacional (comunitario o extracomunitario) de la norma jurídica infringida, lo mismo que su naturaleza sustantiva o procesal. De modo que el término «ley» debe ser entendido en su sentido más amplio, pudiendo afectar a normas sustantivas, de procedimiento o competencia.

<sup>211</sup> El Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ha entendido que hay exceso de poder (*excès de pouvoir*) cuando el juez se niega a reconocer un poder que la ley le confiere, así como en los casos donde se sale del ámbito de sus atribuciones legales («il y a excès de pouvoir lorsque le juge refuse de reconnaître un pouvoir que la loi lui confère aussi bien que dans les cas où il sort du cercle de ses attributions légales»). Así, el exceso de poder (*excès de pouvoir*) puede producirse tanto si el juez no cumple con todas sus atribuciones legales como si va más allá de las mismas. Consecuentemente, ello supone la violación por los jueces de la ley que delimita los poderes jurisdiccionales o la transgresión por el juez competente para el conocimiento de un litigio de una regla de orden público a través de la cual la ley ha circunscrito su autoridad. Cfr. F. FERRAND, «Les cas d'ouverture à cassation en droit français», *El recurso...*, *op. cit.*, p. 602; J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, *op. cit.*, p. 361.

<sup>212</sup> La desnaturalización (*dénaturation*) conlleva una violación del párrafo primero del artículo 1134 del Código Civil francés, que establece que los compromisos legalmente adoptados tienen efecto de ley entre las partes («Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites»).

<sup>213</sup> Como explica F. FERRAND, «Les cas d'ouverture à cassation en droit français», *El recurso...*, *op. cit.*, p. 604, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) intervino en un principio en materia de testamentos, después en contratos y paulatinamente el control de la desnaturalización (*dénaturation*) se fue extendiendo a todos los documentos del proceso con forma escrita. Para su examen, este órgano se inmiscuye en el ámbito de interpretación de los actos que, en principio, está reservado al poder soberano del juez del fondo.

<sup>214</sup> Este motivo de casación no supone que los jueces del fondo hayan cometido un error de Derecho en su resolución, sino que la misma era correcta en el momento en el que fue dictada. El motivo que da lugar a la casación es, por el contrario, posterior al pronunciamiento de dicha resolución. Por ejemplo, cuando una nueva ley de aplicación a un litigio pendiente ante el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) modifica las normas conforme a las cuales dicho litigio debe ser decidido; y hace, por tanto, desaparecer el fundamento jurídico sobre el que se sustentaba la resolución impugnada. Así, aunque esta resolución era correcta cuando fue emitida, ha devenido contraria al nuevo Derecho ahora directamente aplicable al litigio. También procede ese motivo cuando la resolución de los jueces del fondo estaba basada en una norma o jurisprudencia que ha sido anulada con carácter retroactivo. Cfr. M.N. JOBARD-BACHELLIER y X. BACHELLIER, *La technique de cassation...*, *op. cit.*, p. 131; F. FERRAND, «Les cas d'ouverture à cassation en droit français», *El recurso...*, *op. cit.*, p. 606.

Por otro lado, la infracción de la lógica (*atteinte à la logique*) constituye un motivo de casación cuando la resolución impugnada, por su insuficiencia<sup>215</sup> o incoherencia<sup>216</sup>, no posibilita al Alto tribunal el ejercicio de un control de legalidad. Así, dentro de la infracción de la lógica tienen cabida los siguientes motivos de casación: la falta de base legal (*manque de base légale*)<sup>217</sup>; la falta o insuficiencia de motivación (*défaut ou insuffisance de motifs*)<sup>218</sup>; y la contradicción de sentencias (*contrariété de jugements*)<sup>219</sup>. Sea como fuere, todos los motivos de casación que se han mencionado pueden ser reducidos a la violación de la ley en sentido amplio<sup>220</sup>.

**37.** En la práctica forense el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) acoge los siguientes motivos de casación: violación de ley (*violation de la loi*), exceso de poder (*excès de pouvoir*), incompetencia (*incompétence*), inobservancia del procedimiento (*inobservation des formes*), motivación inexistente o insuficiente (*motivation inexistante ou insuffisante*), contradicción de sentencias (*contrariété de jugements*) y pérdida de fundamento jurídico (*perte de fondement juridique*)<sup>221</sup>.

Conviene tener en cuenta que el artículo 978 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*) afirma, en su párrafo primero, que el recurso de casación debe contener los fundamentos jurídicos que se hagan valer frente a la resolución impugnada<sup>222</sup>; y el párrafo segundo del mismo precep-

<sup>215</sup> La insuficiencia es conocida como falta o defecto de base legal.

<sup>216</sup> La incoherencia de la resolución impugnada puede ser interna, que tiene lugar cuando sus fundamentos son contradictorios entre sí o hay contradicción entre tales fundamentos y la parte dispositiva; y externa, como es el supuesto de la existencia sentencias contradictorias (arts. 617 y 618 CPC).

<sup>217</sup> Doctrinalmente se ha admitido que este motivo de casación se caracteriza por una deficiente base fáctica para sustentar la resolución de los tribunales de instancia. Vide E. FAYE, *La cour...*, op. cit., pp. 133-139; J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, op. cit., pp. 427-431, para quienes la falta de base legal (*manque de base légale*) constituye un vicio de fondo de la sentencia, en contraposición a los vicios de forma. Estos autores apuntan que dicho motivo previene que los jueces del fondo obstaculicen el control del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ocultando una ilegalidad detrás de un silencio o una ambigüedad («*elle empêche les juges du fond de faire obstacle au contrôle de la Cour de cassation en dissimulant une illégalité derrière un silence ou une ambiguïté*»); y vienen a definir la falta de base legal (*manque de base légale*) como la insuficiencia en las conclusiones sobre los hechos que son necesarias para decidir sobre el Derecho («*l'insuffisance des constatations de fait qui son nécessaires pour statuer sur le droit*»).

<sup>218</sup> Se trata de un vicio de forma que se produce cuando la resolución emanada de los tribunales de instancia carece de la debida fundamentación o soporte normativo (*portée normative*), lo que trae consigo una vulneración del artículo 455 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*). Así, este precepto, luego de disponer que la sentencia debe exponer sucintamente las pretensiones respectivas de las partes y sus motivos, ordena que esté motivado («*Le jugement doit être motivé*»), bajo sanción de nulidad (art. 458 CPC). Este vicio formal puede adoptar distintas formas como la ausencia total de motivación o falta de motivación en sentido estricto de la resolución impugnada, lo que incluye que la misma no haya respondido a las conclusiones de alguna de las partes (*défaut de réponse à conclusions*); contradicción entre sus fundamentos (*contradiction de motifs*); contradicción entre los fundamentos y la parte dispositiva (*contradiction entre motifs et dispositif*); y la existencia de una fundamentación dubitativa o hipotética (*motifs dubitatifs ou hypothétiques*), que se produce cuando, por ejemplo, el juez del fondo utiliza fórmulas vagas o ambiguas («*il semblerait*»; «*il paraît*»); o basa su decisión en una suposición («*il est vraisemblable que...*»; «*il est permis de penser que...*»). Cfr. F. FERRAND, «Les cas d'ouverture à cassation en droit français», *El recurso...*, op. cit., pp. 611-614.

<sup>219</sup> El Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*) distingue dos supuestos de contradicción de sentencias en sus artículos 617 y 618. El primer precepto parte del supuesto de que se han dictado dos sentencias en última instancia sobre el mismo objeto por órganos de igual o distinto orden jurisdiccional. En este supuesto, siempre que se haya opuesto previamente ante los tribunales de instancia la cosa juzgada derivada de la primera resolución judicial, cabe recurso de casación frente a la resolución judicial dictada en segundo lugar para que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) proceda, si ha lugar, a su anulación. El segundo precepto admite también la posibilidad de casación cuando dos resoluciones judiciales procedentes de órganos del mismo o distinto orden jurisdiccional sean inconciliables entre sí, siempre que no sean susceptibles de ningún recurso ordinario; e incluso si dichas resoluciones no son de última instancia, lo que constituye una excepción a la norma contenida en el artículo 605 de aquel código procesal («*Le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements rendus en dernier ressort*»). Además, el recurso de casación puede ser interpuesto una vez precluido el plazo previsto en el artículo 612, que, con carácter general, es de dos meses («*Le délai de pourvoi en cassation est de deux mois, sauf disposition contraire*»), cuyo cómputo deberá iniciarse a partir de la notificación de la resolución impugnada. Pues bien, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*), tras verificar tal contradicción en la parte dispositiva de ambas resoluciones judiciales, decidirá si anula una de ellas o, en su caso, las dos.

<sup>220</sup> Cfr. G. COUCHEZ, *Procédure civile*, 15ª ed., Dalloz, Paris, 2008, p. 472; J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, op. cit., p. 352.

<sup>221</sup> Cfr. S. GUINCHARD, F. FERRAND y C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 29ª ed., Dalloz, 2008, núm. 1803.

<sup>222</sup> «*A peine de déchéance constatée par ordonnance du premier président ou de son délégué, le demandeur en cassation doit, au plus tard dans le délai de quatre mois à compter du pourvoi, remettre au greffe de la Cour de cassation un mémoire contenant les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée*».

to impone, bajo sanción de inadmisión, que cada uno de tales fundamentos jurídicos sea utilizado para sostener un único motivo de casación<sup>223</sup>. Con ello se pretende garantizar la claridad del recurso, evitándose la mezcla o confusión de motivos dispares<sup>224</sup>. En concreto, de conformidad con la citada norma, cada fundamento jurídico deberá expresar el motivo de casación invocado (*le cas d'ouverture invoqué*), la parte de la resolución criticada (*la partie critiquée de la décision*) y la razón por la cual la resolución incurre en el vicio alegado (*ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué*).

### 3. El «procedimiento de rechazo no especialmente motivado» (*procédure de rejet non spécialement motivé*)

38. Si la resolución impugnada reúne las condiciones reseñadas y el recurso de casación está fundamentado en alguno de los motivos que se acaban de explicar, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) tiene que admitirlo. Es decir, este órgano jurisdiccional carece de discrecionalidad para elegir los asuntos sobre los que va a pronunciarse. No obstante, el gran número de recursos presentados anualmente ante el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) llevó al establecimiento, junto al procedimiento «ordinario» de control sobre la admisibilidad de los mismos (*procédure ordinaire*)<sup>225</sup>, de otro conocido como «procedimiento de no-admisión» (*procédure de non-admission*)<sup>226</sup>, que fue instaurado por la Ley Orgánica nº 2001-539, de 25 de junio de 2001<sup>227</sup>; y regulado en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*), si bien anteriormente en el derogado artículo L. 131-6 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*)<sup>228</sup>, para las cinco salas civiles<sup>229</sup>.

<sup>223</sup> «*A peine d'être déclaré d'office irrecevable un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture*».

<sup>224</sup> J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, op. cit., pp. 471-473.

<sup>225</sup> Este procedimiento «ordinario» puede dar lugar tanto a la admisión como a la inadmisión del recurso de casación.

<sup>226</sup> Este procedimiento, a través del cual solo es posible la inadmisión del recurso de casación, no su admisión, está inspirado en un procedimiento anterior, creado por la Ley nº 87-1127 («*Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif*»), que se desarrollaba ante el Consejo de Estado (*Conseil d'état*); y ha llegado a afirmarse que constituye una revolución. Al respecto, vide A. PERDRIAU, «La non-admission des pourvois», *Juris-Classeur Périodique*, 2002, I, p. 181. Sobre el tema, vide, entre otros, G. CANIVET, «La procédure d'admission des pourvois en cassation», *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2195-2199; AA. VV., «Regards croisés sur la pratique de la non-admission des pourvois en cassation», *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, dirs. S. AMRANI MEKKI y L. CADIEU, Economica, Paris, 2005, pp. 81-132; J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, op. cit., pp. 656 y ss.

<sup>227</sup> S. AMRANI MEKKI, *L'accès aux cours suprêmes*, pp. 4 y 5 (disponible en: [http://colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/06/AMRANI\\_MEKKI\\_L'\\_ACCES-AUX-COURS-SUPREMES-final.pdf](http://colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/06/AMRANI_MEKKI_L'_ACCES-AUX-COURS-SUPREMES-final.pdf)), señala que la citada ley, en realidad, ha resucitado un filtro que existía antes de 1947 y era ejercido por una sala especializada: la denominada *chambre des requêtes*, que había sido suprimida porque sobrepasaba sus poderes de filtrar los recursos juzgando sobre el fondo; y, asimismo, el procedimiento de filtrado (*procédure de filtrage*) había sido cuestionado por el hecho de que no era contradictorio. El nuevo «procedimiento de no-admisión» (*procédure de non-admission*) ha sido construido con la preocupación de evitar tales escollos, después de varias tentativas infructuosas, además de incitaciones jurisprudenciales por la práctica de los conocidos como «*arrêts tampons*», que eran resoluciones cuya motivación no consistía más que en la reproducción del contenido del artículo 604 del Código de procedimiento civil (*Code de procédure civile*).

<sup>228</sup> La Ley Orgánica nº 2001-539, de 25 de junio de 2001 modificó el artículo L. 131-6 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*), que fue derogado por la Ordenanza nº 2006-673, de 8 de junio de 2006, y su contenido pasó a corresponderse con el del artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*). Sin embargo, con anterioridad, el derogado artículo L. 131-6 ya había sido objeto de reforma por la Ley de 6 de agosto de 1981 («*Loi n° 81-759 du 6 août 1981 relative à la Cour de cassation*») y por la Ley de 23 de abril de 1997 («*Loi n° 97-395 du 23 avril 1997 relative à l'examen des pourvois devant la Cour de cassation*»). Ese precepto venía a afirmar que una sección de tres magistrados decide cuando la solución del recurso es patente («*Cette formation statue lorsque la solution du pourvoi s'impose*»); y, en caso contrario, reenvía el examen del recurso a la audiencia de la sala («*Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre*»). No obstante, el primer presidente (*premier président*) o el presidente de la sala (*président de chambre*) en cuestión, o sus delegados, de oficio o petición del procurador general (*procureur général*) o de una de las partes, pueden reenviar el asunto directamente a audiencia de la sala por decisión motivada («*Toutefois, le premier président ou le président de la chambre concernée, ou leurs délégués, d'office ou à la demande du procureur général ou de l'une des parties, peuvent renvoyer directement une affaire à l'audience de la chambre par décision non motivée*»). Sobre la aplicación del derogado artículo L. 131-6 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*), vide G. CANIVET, «Bilan d'un semestre d'application de l'article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire», *Recueil Dalloz*, núm. 28, 25 julio 2002, pp. 2195-2199.

<sup>229</sup> Inicialmente, cuando se creó este procedimiento, únicamente se preveía en el Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*), siendo con posterioridad incorporado al Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*)

Así, en la redacción original del artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*) se preveía la posibilidad de que una sección reducida (*formation restreinte*) de la sala a la que el asunto había sido atribuido dictase una decisión de «no-admisión» (*décision de non-admission*) de recursos inadmisibles (*irrecevables*)<sup>230</sup> o no fundados sobre un motivo serio de casación (*non fondés sur un moyen sérieux de cassation*)<sup>231</sup>. Sin embargo, como consecuencia de la reforma derivada del Decreto 2014-1338, de 6 de noviembre de 2014, el párrafo primero de ese precepto dispone en la actualidad que esa misma sección reducida puede decidir, después del depósito por las partes de sus escritos (*mémoires*), que no ha lugar a resolver por una decisión especialmente motivada (*décision spécialement motivée*), cuando el recurso de casación es inadmisibles (*irrecevable*) o no es manifiestamente susceptible de producir la casación (*il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation*)<sup>232</sup>.

Por tanto, característica del «procedimiento de rechazo no especialmente motivado» (*procédure de rejet non spécialement motivé*), que debería reservarse para asuntos en los que la solución se impone con evidencia, es que su conocimiento corresponde a una sección de tres magistrados del Tribunal de casación (*Cour de cassation*); y también la falta de motivación de la decisión que le pone fin, en contraposición a la resolución «ordinaria» por la que se rechaza un recurso de casación, la cual debe estar debidamente motivada. En realidad, la única diferencia entre una resolución de rechazo no especialmente motivada (*arrêt de rejet non spécialement motivé*) y una resolución ordinaria de rechazo (*arrêt de rejet*) es que en esta última se explican las razones por las cuales el recurso es inadmisibles o infundado, mientras que en la anterior se omiten, siendo sus consecuencias exactamente las mismas<sup>233</sup>. Pero sin que

---

por el Decreto de 2 de junio de 2008 («*Décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 portant refonte de la partie réglementaire du code de l'organisation judiciaire*»). Por otro lado, para la sala penal, la regulación se contiene en el artículo L. 567-1 del Código de Procedimiento Penal (*Code de procédure pénale*).

<sup>230</sup> Para J. BUFFET, «Le critère de la non-admission: quelle rationalité?», *La sélection des pourvois...*, *op. cit.*, p. 106, hay supuestos de inadmisibilidad (*irrecevabilité*) que son de alguna manera mecánicos, automáticos, evidentes y otros que no lo son; y, cuando la inadmisibilidad (*irrecevabilité*) no es manifiesta, debe ser examinada no por una sección reducida sino ordinaria de la sala. La casi totalidad de esos supuestos de inadmisibilidad (*irrecevabilité*) son de orden público y deben ser denunciados de oficio, si no son invocados por la defensa. Por su parte, D. GARREAU, *Du bon usage de la procédure d'admission des pourvois en cassation*, 11 noviembre 2013 (disponible en: [http://www.gbvf-d-avocatsauxconseils.com/sites/default/files/lettres/PROCEDURE-D-ADMISSION\\_DenisGARREAU.pdf](http://www.gbvf-d-avocatsauxconseils.com/sites/default/files/lettres/PROCEDURE-D-ADMISSION_DenisGARREAU.pdf)), entiende que la inadmisibilidad (*irrecevabilité*) del recurso es objetiva y no plantea generalmente dificultades, atendiendo a la naturaleza de la decisión impugnada, la persona del recurrente, la forma del recurso o plazos procesales establecidos por el Código de Procedimiento Civil (*Code de procédure civile*). Sin embargo, siempre que una inadmisibilidad (*irrecevabilité*) se someta a discusión o presente un interés jurisprudencial o doctrinal, el recurso debe ser admitido y ser objeto de una respuesta motivada.

<sup>231</sup> D. GARREAU, *Du bon usage de la procédure...*, *op. cit.*, 11 noviembre 2013, reconoce que más compleja y delicada que la inadmisibilidad (*irrecevabilité*) es, por el contrario, la apreciación de la falta de un motivo serio de casación (*un moyen sérieux de cassation*); es decir, que se trate de un motivo cuya naturaleza no permita la admisión del recurso. Y, desde un punto de vista negativo, P. BLONDEL, «Le critère de la non-admission: quelle rationalité?», *La sélection des pourvois...*, *op. cit.*, p. 92, considera que, por definición, no puede ser serio el motivo que busca, de modo más o menos directo, volver sobre las constataciones o apreciaciones puramente de hechos. Tampoco, aunque hay excepciones, el motivo totalmente nuevo que plantea al Tribunal de casación (*Cour de cassation*) un debate de hechos que no ha sido sometido a la jurisdicción de la que procede la resolución criticada; el motivo nuevo (*moyen nouveau*) no es un motivo serio (*moyen sérieux*).

<sup>232</sup> Por otro lado, el párrafo segundo del mismo artículo posibilita que toda sección del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) pueda también decidir no responder de manera especialmente motivada a uno o varios motivos inadmisibles o manifiestamente no susceptibles de producir la casación (*Toute formation peut aussi décider de ne pas répondre de façon spécialement motivée à un ou plusieurs moyens irrecevables ou qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation*).

<sup>233</sup> Cfr. J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, *op. cit.*, pp. 67, 68 y 656, quienes sostienen que la decisión del juez no está fundada en un criterio de oportunidad, sino de legalidad, a diferencia de lo que ocurre en los países en los que el Tribunal Supremo funciona según un modelo aristocrático como los Estados Unidos o el Reino Unido. En esta concepción aristocrática, el papel del referido órgano jurisdiccional no es censurar las violaciones de la ley cometidas por los tribunales de instancia, sino adaptar el Derecho a la evolución de la sociedad. Se compone de un escaso número de jueces y dicta pocas decisiones. Este relativo mutismo es una fuente de coherencia para su jurisprudencia. Además, para evitar una sobrecarga de recursos, valoran discrecionalmente si los asuntos son de una naturaleza que permite hacer evolucionar el Derecho o particularmente importantes. El examen del recurso no está basado en una cuestión de legalidad, sino de oportunidad. De conformidad con estos autores, este sistema es ciertamente el más flexible y eficaz para limitar los recursos, si bien los tribunales que lo aplican también padecen problemas de congestión. Y añaden que, sobre todo, este sistema expresa una gran indiferencia frente a los justiciables. Los jueces supremos no se «rebajan» a censurar una simple violación de la ley donde la víctima es un justiciable y solo se interesan por los asuntos excepcionales, esto es, aquellos sobre los que quieren pronunciarse. Este sistema supone una gran sumisión de los tribunales de instancia a la jurisprudencia del tribunal supremo, ya que este ni siquiera se molesta en velar por su aplicación. A esta concepción aristocrática se opone una concepción democrática, ilustrada por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*)



ello traiga consigo una vulneración del derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH)<sup>234</sup>. En cualquier caso, ya desde la implantación del «procedimiento de no-admisión» (*procédure de non-admission*), tal falta de motivación se había venido atemperando en la práctica judicial<sup>235</sup>. Pues bien, las resoluciones de rechazo no especialmente motivadas (*arrêts de rejet non spécialement motivés*), que no son susceptibles de recurso, tienen naturaleza jurisdiccional y autoridad de cosa juzgada, igual que las anteriores decisiones de «no-admisión» (*décisions de non-admission*)<sup>236</sup>.

**39.** El «procedimiento de rechazo no especialmente motivado» (*procédure de rejet non spécialement motivé*), que constituye un instrumento de política legislativa dirigido a regular el acceso a la casación, tiene una tramitación análoga a la del procedimiento «ordinario»<sup>237</sup>. Así, la resolución de rechazo no especialmente motivada (*arrêt de rejet non spécialement motivé*) se dicta por la referida sección de tres magistrados al término de una vista contradictoria, que se desarrolla después del depósito por las partes de sus escritos (*mémoires*)<sup>238</sup>; designación de un ponente (*rapporteur*), así como elaboración por el mismo de un informe (*rapport*); y traslado del expediente al abogado general (*avocat général*) para que emita su parecer (*avis*). En la práctica, los abogados de las partes son informados de la solución

---

francés y otros tribunales supremos europeos, que tienen como misión la censura de todas las violaciones de la ley, sin excepción, cometidas por los jueces del fondo. Asimismo, no seleccionan los asuntos en función de su importancia. Todo justiciable, por modesto que sea, puede demandarles el control de la legalidad de la decisión de la cual fue objeto. Sin embargo, estos órganos jurisdiccionales solo ejercen un control limitado sobre las decisiones que les son remitidas. No controlan las valoraciones sobre los hechos de los jueces del fondo, sino, únicamente, las cuestiones de Derecho. Si los motivos invocados en el recurso se refieren a elementos fácticos, aquellos deben rechazarlo. Se trata de una apreciación de legalidad y no de oportunidad.

<sup>234</sup> J.P. GRIDEL, «La Cour de cassation, au printemps 2009... La théorie, la pratique, et l'activité usuelle d'un conseiller au civil (1ère partie)», *Gazette du Palais*, núm. 99, 9 abril 2009, p. 2, explica que, en diversas circunstancias, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que, si bien un tribunal está obligado a motivar, no sucede lo mismo en el ámbito de los recursos cuando el presentado se rechaza como carente de posibilidades de éxito (*dépourvu de chances de succès*), siempre que una disposición legal específica así lo autorice. Igualmente, J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, *op. cit.*, p. 657. Sobre el tema, *vide* L. BORÉ, «La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme», *La Semaine Juridique. Edition Générale*, núm. 3, 16 enero 2002; A. BRUNET, «Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation», *Justice et droits fondamentaux...*, *op. cit.*, pp. 51-60.

<sup>235</sup> En el ámbito del «procedimiento de no-admisión» (*procédure de non-admission*), S. AMRANI MEKKI, *L'accès...*, *op. cit.*, pp. 6 y 7, afirma que en la práctica los magistrados, que han realizado el mismo trabajo para llegar a una decisión de «no-admisión» (*décision de non-admission*) que a una resolución ordinaria de rechazo (*arrêt de rejet*), parecen no resistirse a la tentación de motivar, habiendo sido desarrollado primeramente un impreso normalizado (*fiche normalisée*), en cuyo reverso aquellos escribían algunas líneas explicativas; y, desde 2005, el ponente (*rapporteur*) redacta directamente un documento explicando la no admisión del recurso de casación, dando cuenta de los motivos previsibles que justifican la orientación hacia la no admisión. Tal motivación anticipada e interna permite reconstituir las garantías aseguradas con la motivación, siendo también posible rebatirla para tratar de que un asunto orientado hacia la no admisión desemboque en una resolución motivada adoptada en asamblea plenaria (*assemblée plénière*). Un ejemplo del referido impreso puede verse en J. BUFFET, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 2ª ed., Litec, 2003, p. 01 (citado por aquella autora). *Vide* también D. TRICOT, «L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation», *La semaine juridique. Édition générale*, núm. 6, doctrine, I, 108, 6 febrero 2004, p. 225-230; V. VIGNEAU, «Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation», *Recueil Dalloz*, 2010, p. 104; B. POTIER DE LA VARDE, *La non admission des pourvois devant la cour de cassation* (disponible en: [http://www.sosvictimescreditagricole.org/documents\\_pdf/LA%20NON%20ADMISSION%20DES%20POURVOIS.pdf](http://www.sosvictimescreditagricole.org/documents_pdf/LA%20NON%20ADMISSION%20DES%20POURVOIS.pdf)).

<sup>236</sup> Sobre el respecto en el «procedimiento de no-admisión» (*procédure de non-admission*) del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y a los recursos, *vide* S. AMRANI MEKKI, «Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation», *La sélection des pourvois...*, *op. cit.*, pp. 28 y ss., quien considera, por un lado, que la evidencia de la decisión de «no-admisión» (*décision de non-admission*) justifica que no se encuentre motivada y permite, igualmente, distinguirla de la resolución ordinaria de rechazo (*arrêt de rejet*). Ello puede explicar que no se haya sentido la necesidad de precisarlo en la norma. Y, por otro lado, la intervención de magistrados experimentados y el hecho de que se hayan agotado ya los recursos ordinarios puede justificar la irrecurribilidad de la decisión de «no-admisión» (*décision de non-admission*). Además, la posibilidad de recurso frente a la misma sería contraria al espíritu mismo de la «no-admisión» (*non-admission*), que tiene por objeto descartar lo que indudablemente no es susceptible de ser admitido ante el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) para permitirle centrarse en su función normativa.

<sup>237</sup> Según apunta B. POTIER DE LA VARDE, *La non admission des pourvois...*, *op. cit.*, todos los recursos sometidos al Tribunal de casación (*Cour de cassation*) son objeto de una instrucción contradictoria y la diferenciación no es visible hasta el final del procedimiento: unos son rechazados o dan lugar a la casación mediante de una resolución motivada, mientras que los otros son declarados no admitidos por una decisión no motivada, si bien de naturaleza jurisdiccional.

<sup>238</sup> El Decreto núm. 2008-484 de 22 mayo 2008, relativo al procedimiento ante el Tribunal de casación (*Cour de cassation*), redujo los plazos para la presentación por las partes de sus escritos (*mémoires*): cuatro meses para el escrito de la parte recurrente (*mémoire ampliatif*) y dos meses para el escrito de la parte recurrida (*mémoire en défense*).

propuesta, pudiendo acceder a la motivación del ponente (*rapporteur*) que justifica la orientación hacia el rechazo del recurso; y podrán hacer valer en la vista las observaciones que tengan por conveniente para que, en su caso, el asunto sea reorientado según el procedimiento «ordinario»<sup>239</sup>.

### III. El proyecto de reforma

40. En una carta fechada el día 19 de septiembre de 2014, BERTRAND LOUVEL, primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*) encomendaba a Jean-Paul Jean, presidente de sala (*président de chambre*) y director del Servicio de documentación, estudios e informes (*directeur du Service de documentation, des études et du rapport*) del mismo órgano jurisdiccional, la misión de remitirle a más tardar el 31 de diciembre de 2015 un informe sobre las posibles evoluciones en las modalidades de tramitación de los recursos de casación (*les évolutions envisageables des modalités de traitement des pourvois*). En esa carta de encomienda (*lettre de mission*) el primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*) aludía a la influencia de nuevos factores a los que este órgano jurisdiccional está actualmente sometido, susceptibles de limitar la autoridad de sus resoluciones; y atribuía tal situación a la aparición de los tribunales europeos, cuyas decisiones, mezclando los hechos y el Derecho, crean una brecha en la cadena de recursos que lleva al tribunal final a asumir un control que el órgano de casación no ha ejercido<sup>240</sup>.

Según explicaba el propio primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*) en su discurso pronunciado el 31 de marzo de 2015 con ocasión de la cena anual de la asociación de juristas franco-británicos (*Association des Juristes Franco-Britanniques*)<sup>241</sup>, el problema no concierne al Derecho de la Unión Europea, a propósito del cual no hay apenas divergencias entre el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) francés y el Tribunal de justicia de la Unión Europea; divergencias que, en cambio, sí han existido históricamente con el Tribunal europeo de derechos humanos. En este sentido, aquel magistrado rechazaba la posibilidad de habituarse a vivir de reparaciones y reexámenes de asuntos ya juzgados por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*)<sup>242</sup>. Por otro lado, en su discurso de 12 de enero de 2015 con motivo de la apertura del año judicial, invitaba a la audiencia a preguntarse sobre el lugar que dicho órgano ocupa dentro del panorama jurisdiccional, así como sobre los métodos de examen de los recursos de casación que el mismo aplica<sup>243</sup>.

41. Con fecha 28 de mayo de 2015, la comisión de reflexión (*commission de réflexion*) encargada de conducir el estudio prospectivo relativo a la reforma del Tribunal de casación (*Cour de cassation*)

<sup>239</sup> Cfr. S. AMRANI MEKKI, «La sélection des pourvois à la Cour de Cassation», *El recurso...*, *op. cit.*, pp. 633 y ss.; J. BORÉ y L. BORÉ, *La cassation...*, *op. cit.*, p. 656. Estos últimos autores puntualizan que la resolución de rechazo no especialmente motivada (*arrêt de rejet non spécialement motivé*) no se dicta *ab initio*, al principio del procedimiento, por una sección autónoma, sino por una de las salas del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) al término de una instrucción completa del expediente, por la buena y simple razón de que es esta instrucción lo que permite a dicho órgano jurisdiccional saber si su decisión reclama una motivación especial. *Vide* también D. TRICOT, «Le fabuleux destin d'une décision de non-admission ou les périls de l'interprétation», *Mélanges Jacques Boré*, 2006, Dalloz, 2007, p. 459 (citado por aquellos autores).

<sup>240</sup> Cfr. M. BABONNEAU, «Filtrage des pourvois: la Cour de cassation espère retrouver sa «mission normative»», *Dalloz Actualité*, 17 junio 2015.

<sup>241</sup> Discurso disponible en: [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/discours\\_publications\\_diverses\\_2039/discours\\_2202/premier\\_president\\_7084/discours\\_2015\\_7547/face\\_evolution\\_31651.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/premier_president_7084/discours_2015_7547/face_evolution_31651.html)

<sup>242</sup> B. LOUVEL, «Réflexions à la Cour de cassation», *Dalloz Actualité*, 25 junio 2015, primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), razona que la fuerte magnitud del impacto que la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos ha alcanzado en Francia se debe a la combinación de dos factores: por una parte, la extensión que este tribunal europeo ha dado al ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, de manera que pocos procesos escapan a su control, en la forma y en el fondo; y, por otra parte, la fidelidad que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) observa hacia las orientaciones de aquel tribunal con sede en Estrasburgo. Este doble fenómeno provoca, a su vez, una multiplicación de los recursos fundados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ante los tribunales del fondo con el objetivo de evitar la aplicación de un texto de Derecho interno, debido a la desproporción de sus efectos sobre un derecho fundamental en las circunstancias del caso.

<sup>243</sup> Discurso disponible en: [https://www.courdecassation.fr/venements\\_23/audiences\\_solennelles\\_59/debut\\_annee\\_60/m\\_bertrand\\_30829.html](https://www.courdecassation.fr/venements_23/audiences_solennelles_59/debut_annee_60/m_bertrand_30829.html)

francés se reunió en sesión plenaria (*séance plénière*) para debatir sobre un informe provisional (*rapport d'étape*)<sup>244</sup>. Pues bien, el 10 de junio de 2015 una conocida revista francesa hizo públicas las recomendaciones contenidas en el informe provisional (*rapport d'étape*) formulado por esa comisión de reflexión (*commission de réflexion*)<sup>245</sup>. De conformidad con ese informe, resulta necesario que el órgano nacional de casación se reapropie y reformule los términos de su soberanía jurisdiccional, dentro del ámbito del principio de subsidiariedad. Con un volumen de litigios muy importante y una escasa selección, la autoridad misma de sus resoluciones se ve socavada. Asimismo, la multiplicación de las sentencias dictadas por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) hace que su jurisprudencia pierda en claridad y accesibilidad, alejándose de su función normativa. La función fundamental de este órgano jurisdiccional no es efectuar un control sistemático de las decisiones de los tribunales del fondo, sino decir el Derecho<sup>246</sup>, así como velar por su interpretación uniforme<sup>247</sup>.

En síntesis, hace falta filtrar los asuntos en una fase previa al examen del fondo del recurso de casación; y a tales fines se proponen dos opciones en aquel informe provisional (*rapport d'étape*). La primera basada en la creación de un mecanismo real de filtrado previo a la presentación de la memoria complementaria (*mémoire ampliatif*)<sup>248</sup>, instaurándose criterios predefinidos de admisión, vinculados a la naturaleza o el alcance de la cuestión planteada en el recurso de casación<sup>249</sup>. Ello acompañado de una completa reorganización de la tramitación de los recursos de casación en dos tiempos: un procedimiento de admisión, seguido, en caso de que sea superado, del procedimiento de casación propiamente dicho. La segunda opción consistiría en reducir los plazos de tramitación de determinados recursos de casación, creándose un verdadero procedimiento de admisión similar al propio del Consejo de Estado (*Conseil d'État*), con el reconocimiento al órgano casacional de la facultad de declarar la inadmisión de los recursos de casación que no presenten un motivo serio de casación (*moyen sérieux de cassation*). Ello a la vista de una memoria complementaria (*mémoire ampliatif*), desarrollando los motivos invocados en el recurso, cuya presentación sería sistemáticamente exigida, igual que en la actualidad, con la diferencia de que la parte recurrida no tendría que responder más que en caso de admisión del recurso de casación<sup>250</sup>. No obstante, la primera opción parece ser preferida, puesto que, a tenor del informe provisional (*rapport d'étape*), solo la creación de un procedimiento de filtrado (*procédure de filtrage*), previo a todo

<sup>244</sup> La referida sesión plenaria de 28 de mayo de 2015 fue celebrada en presencia del procurador general (*procureur général*), presidentes de sala (*présidents de chambre*) y primeros abogados generales (*premiers avocats généraux*) del Tribunal de casación (*Cour de cassation*); del primer presidente del Tribunal de apelación de Versailles (*premier président de la Cour d'appel de Versailles*); del presidente del colegio de abogados del Consejo de Estado y el Tribunal de casación (*président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*); y de los profesores LOÏC CADIEU (*Université Paris I Panthéon-Sorbonne*) y CÉCILE CHAINAIS (*Université Paris II Panthéon-Assas*).

<sup>245</sup> Vide J. COSSARDEAUX, «La possibilité de se pourvoir devant la Cour de cassation pourrait être limitée», *Les Echos*, 10 junio 2015. No obstante, también hay que destacar la existencia de otro informe con propuestas acerca de la reforma del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) elaborado por el Club de juristas (*Club de juristes*). Vide *Sécurité juridique et initiative économique*, dirs. H. DE CASTRIES y N. MOLFESSIS (disponible en: <http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/05/S%C3%A9curit%C3%A9-juridique-WEB.pdf>).

<sup>246</sup> Esto es, verificar exclusivamente la conformidad a la ley de la resolución impugnada, sin entrar en los hechos.

<sup>247</sup> P. JESTAZ, J.P. MARGUÉNAUD y C. JAMIN, «Révolution tranquille à la Cour de cassation», *Recueil Dalloz*, núm. 36, 23 octubre 2014, recuerdan, con cita de la mejor doctrina (J. GHESTIN, G. GOUBEUX y M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil. Introduction générale*, 4ª ed., LGDJ, 1994, núm. 447), que la misión esencial del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no es juzgar los procesos sino asegurar la unidad del Derecho, habiendo sido creado esencialmente para la protección del interés público.

<sup>248</sup> La memoria complementaria (*mémoire ampliatif*) es el documento escrito que desarrolla la argumentación de la parte recurrente para obtener la casación de la decisión impugnada. Vide glosario del Tribunal de casación (*Cour de cassation*). Disponible en: [https://www.courdecassation.fr/informations\\_services\\_6/charte\\_justiciable\\_2544/annexes\\_2551/lexique\\_10967.html](https://www.courdecassation.fr/informations_services_6/charte_justiciable_2544/annexes_2551/lexique_10967.html)

<sup>249</sup> En concreto, se proponen cinco criterios de «no-admisión» (*non-admission*): la falta de violación de un principio fundamental (*l'absence de violation d'un principe fondamental*); la inadmisibilidad del recurso de casación (*l'irrecevabilité du pourvoi*); la falta de una cuestión jurídica de principio (*l'absence de question juridique de principe*); la falta de interés para el desarrollo del Derecho (*l'absence d'intérêt pour le développement du droit*); y la falta de interés para la unificación de la jurisprudencia (*l'absence d'intérêt pour l'unification de la jurisprudence*).

<sup>250</sup> Cfr. J. COSSARDEAUX, «La possibilité de se pourvoir...», *Les Echos*, op. cit., 10 junio 2015; M. BABONNEAU, «Filtrage des pourvois...», *Dalloz Actualité*, op. cit., 17 junio 2015.

examen del fondo del recurso, es capaz de reducir sensiblemente el número de recursos tramitados por el tribunal casacional, dentro del objetivo de devolver a sus resoluciones un verdadero valor normativo<sup>251</sup>.

42. Tras llegar a conocimiento de los medios de comunicación el contenido del referido informe provisional (*rapport d'étape*), no tardaron en aflorar numerosas críticas sobre el mismo, procedentes de distintos ámbitos de la comunidad jurídica; críticas de las que ya se hacían eco los propios medios de comunicación en los que el mencionado informe provisional (*rapport d'étape*) era objeto de divulgación. Al respecto, se venía a poner de manifiesto que algunos magistrados temen que el procedimiento previo de admisión (*procédure préalable d'admission*) no conduzca al Tribunal de casación (*Cour de cassation*) sino a seleccionar discrecionalmente un cierto número de asuntos susceptibles de interesarle. Pero también consideran dichos magistrados que la reforma, si llegase a ver la luz, sería vulneradora del principio fundamental de igualdad ante la ley y generadora, con el paso del tiempo, de problemas suscitados por los usuarios disconformes; y como último peligro apuntan aquellos el relativo a ver aparecer una cierta inseguridad jurídica en detrimento de los justiciables<sup>252</sup>.

Tales críticas han sido reproducidas por un sector de la abogacía<sup>253</sup>. Así, se ha señalado que la idea sería transformar el rol del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) en Tribunal Supremo (*Cour Suprême*)<sup>254</sup>, el cual procedería a una selección previa de los recursos de casación de manera discrecional, con fundamento en criterios como el interés jurídico de la cuestión planteada. La función primera de este órgano consistiría en adelante en la creación de normas jurídicas nuevas y poner fin a las inestabilidades jurisprudenciales. Por contra, el control de la aplicación de la ley y de la calidad de las decisiones judiciales, que constituye históricamente su primera función, sería abandonado. En este sentido, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) elegiría por sí mismo los asuntos a juzgar, con fundamento en criterios particularmente imprecisos (el interés jurídico de la cuestión planteada, novedad de la misma, etc.), con independencia de si el Derecho ha sido correctamente aplicado, al igual que los tribunales supremos anglosajones<sup>255</sup>. El proyecto de reforma conduciría a que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) cesase en el ejercicio del denominado control disciplinario. Cesar en este control equivaldría a aceptar que el Derecho no fuese aplicado uniformemente en Francia; y, lo que es más grave, sería permitir la creación de jurisprudencias locales, puesto que no habría un control efectivo y sistemático sobre la correcta aplicación del Derecho.

Por otro lado, desde ese mismo sector se ha apuntado que la finalidad de la reforma es discutible. Se trataría de elevar el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) a un nivel en el que ejercería una función normativa comparable a la de las demás jurisdicciones «supremas» (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Consejo Constitucional) o a la del propio legislador. Hoy más que nunca, ante la presencia de esas otras jurisdicciones, hay necesidad de un tribunal regulador, capaz de crear una continuidad jurisprudencial necesaria para la seguridad jurídica e indispensable para la preservación del Estado de Derecho. Un tribunal dedicado a su función particular

<sup>251</sup> Cfr. E. DREYER, «Le filtrage des pourvois ou la tentation pour la Cour de cassation d'agir en cour suprême», *Gazette du Palais*, núm. 164, 13 junio 2015, pp. 6 y ss.

<sup>252</sup> Cfr. J. COSSARDEAUX, «La possibilité de se pourvoir...», *Les Echos*, *op. cit.*, 10 junio 2015.

<sup>253</sup> Vide C. SPORTES, *Le dangereux projet de réforme de la Cour de cassation* (disponible en: [http://larevue.squirepatton-boggs.com/Le-dangereux-projet-de-reforme-de-la-Cour-de-cassation\\_a2702.html](http://larevue.squirepatton-boggs.com/Le-dangereux-projet-de-reforme-de-la-Cour-de-cassation_a2702.html)).

<sup>254</sup> Según explica P. BLONDEL, «Le critère de la non-admission: quelle rationalité?», *La sélection des pourvois...*, *op. cit.*, p. 87, no hay que confundir un tribunal de casación con un tribunal supremo, el cual tiene derecho a regular el número de decisiones que emitirá; decisiones que, a menudo, presentan una estructura sin correspondencia con la de una resolución del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) por la amplitud de las motivaciones o la expresión de opiniones disidentes. El Tribunal de casación (*Cour de cassation*) controla la legalidad y la racionalidad de toda decisión que se defiende a su examen, cualesquiera sean las cuestiones suscitadas.

<sup>255</sup> Para D. DE BÉCHILLON y M. GUILLAUME, «La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes. Enseignements des réformes étrangères et perspectives françaises», *La semaine juridique. Édition générale*, núm. 46-47, 10 noviembre 2014, no parece posible transponer en Francia un sistema de *cherry picking* propio del Derecho americano. La falta de determinación en la ley de todo criterio de admisibilidad de los recursos de casación equivale a dar plena libertad al juez. Ese sistema funciona muy bien en los Estados Unidos de América donde, sobre la base de criterios jurídicos y de oportunidad, la selección de asuntos es decidida por los jueces. En Francia, las tradiciones y prácticas, como la vinculación al principio de igualdad, parecen oponerse a tal técnica.

e histórica de preservar la uniformidad en la aplicación de la norma jurídica y garantizar la igualdad de los ciudadanos, lo que yace en el corazón del pacto social y de la concepción francesa de la separación de poderes. En definitiva, la reforma sería vulneradora del principio fundamental de igualdad ante la ley; y, si se entiende precisa una mejora del funcionamiento de los tribunales y sus medios, nada justifica asumir el riesgo de desestabilizar profundamente un instrumento imprescindible para el Estado de Derecho y la seguridad jurídica como es el Tribunal de casación (*Cour de cassation*)<sup>256</sup>.

También son numerosos los comentarios que sobre el proyecto de reforma se han realizado desde el ámbito académico. Así, con relación a la referida selección discrecional de asuntos por el tribunal casacional, se ha invocado que se trata de la finalidad misma de la reforma; y que se ha tomado como modelo de virtud el Tribunal Supremo del Reino Unido. A este respecto, se recuerdan dos diferencias significativas, entre otras muchas existentes entre su sistema judicial y el francés: la primera que en el Reino Unido hay, en la mayoría de los casos, tres grados de jurisdicción antes de llegar un asunto a su Tribunal Supremo; y la segunda que en este país la jurisprudencia disfruta de un poder constitucional de crear normas, a través de la regla del precedente<sup>257</sup>. Las mismas observaciones sirven para las comparaciones sistemáticas con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo lugar en el ordenamiento jurídico, falta de plenitud de jurisdicción y poder de interpretación auténtica confiere a sus resoluciones un alcance distinto al del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) francés. Más claramente, en materias de la competencia de aquellos tribunales europeos, el órgano casacional francés les está subordinado y ningún procedimiento de filtrado (*procédure de filtrage*) de asuntos cambiará tal situación. Existe ahí una cuestión política y no jurídica; y la regla es la misma para todos los países miembros de la Unión Europea o signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>258</sup>, cualquiera que sea el número o la calidad de sus resoluciones judiciales<sup>259</sup>.

La doctrina<sup>260</sup> parte de que en la base del proyecto de reforma (*avant-projet de réforme*) se encuentra la idea de que es necesario permitir al tribunal casacional posicionarse en su rol normativo (*rôle normative*); y para esto se quiere establecer un verdadero filtrado de recursos de casación, lo que le posibilitará examinar de manera más profunda los asuntos importantes. Pero se constata que el informe provisional (*rapport d'étape*) no define ese rol normativo del órgano casacional, dándose muestra de que se trata de un concepto problemático, si bien es diferenciado de su misión principal de decir el Derecho (*dire le droit*). En otras palabras, ese pretendido rol normativo no se confunde, sino que se añade a la misión de verificar la correcta aplicación de la ley en las decisiones emitidas en primera y última instancia. En el referido informe ese órgano se califica de tribunal normativo (*cour normative*); y se critica que el mismo se irroga un poder legislativo que va en detrimento del principio de separación de poderes y de los textos que lo regulan. El Alto Tribunal pretende que se le reconozca ese rol normativo, con la capacidad de dictar normas abstractas de alcance general y de pronunciarse sobre los hechos rectificando las valoraciones de los jueces del fondo<sup>261</sup>. Así se alega la existencia de un grave error de perspectiva, en el sentido de que es normal que el control ejercido por el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*)

<sup>256</sup> Cfr. C. SPORTES, *Le dangereux projet...*, *op. cit.*

<sup>257</sup> En este sentido, J.G. MAHINGA, «Propos sur la Cour de cassation», *Petites affiches*, núm. 193, 28 septiembre 2015, pp. 7 y ss., explica que el Tribunal Supremo de los países del *common law* cumple su rol normativo por medio de sus decisiones que constituyen precedentes que se van a imponer a toda la jerarquía judicial y administrativa; y cuando ejerce su función disciplinaria respecto a las jurisdicciones inferiores es para hacer prevalecer su función normativa.

<sup>258</sup> Acerca de la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el Tribunal de casación (*Cour de cassation*), vide R. DE GOUTTES, «L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation», *Gazette du Palais*, núm. 163, 12 junio 2007, p. 19.

<sup>259</sup> Cfr. B. HAFTEL, «Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge», *Recueil Dalloz*, núm. 24, 2015, pp. 1378 y ss.

<sup>260</sup> Vide E. DREYER, «Le filtrage des pourvois...», *Gazette du Palais*, *op. cit.*, núm. 164, 13 junio 2015, pp. 6 y ss.

<sup>261</sup> No obstante, J.G. MAHINGA, «Propos...», *Petites affiches*, *op. cit.*, núm. 193, 28 septiembre 2015, pp. 7 y ss., considera que los hechos no están totalmente ausentes de la técnica casacional. Así, el control de la falta de base legal (*manque de base légale*) hace intervenir la apreciación de los hechos por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*); y también el control de la calificación jurídica (*qualification juridique*) y de la desnaturalización (*dénaturation*). Sobre el tema, vide J.L. AUBERT, *La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile*, Dalloz, 2005; «Le fait et la Cour de cassation», *Mélanges P. Simler*, Litec-Dalloz, Paris, 2006, pp. 843-856, del mismo autor; y S. GUINCHARD, C. CHAINAIS y F. FERRAND, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2014 (citados por J.G. MAHINGA).

y las jurisdicciones europeas sea de diferente naturaleza que el propio del Tribunal de casación (*Cour de cassation*). En tal diferencia se encuentra su razón de ser. Preservándose la especificidad de su función, que consiste en velar por la correcta aplicación del Derecho sobre todo el territorio nacional, es como se justifica su oficio.

Incluso se ha negado doctrinalmente<sup>262</sup> que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ejerza una función normativa. En este sentido, no solo la Constitución francesa no atribuye a los jueces ningún poder normativo, sino que el artículo quinto del Código Civil les prohíbe resolver por vía de disposición general y reglamentaria las causas que les son sometidas. En el informe provisional (*rapport d'étape*) se recuerdan las razones por las que el Alto Tribunal fue originalmente creado: unificar la jurisprudencia de las provincias francesas y garantizar una misma interpretación de los textos legales en el conjunto del territorio; y se concluye que su misión principal fue pensada, principalmente, como una misión normativa: decir el Derecho y velar por su interpretación uniforme. Pues bien, sobre tal afirmación se ha denunciado no solo que encierra un contrasentido, puesto que «decir el Derecho» siempre ha significado enunciar la solución particular que aportan las normas jurídicas ya existentes a un litigio dado, sino que es inexacta porque a raíz de la Revolución francesa, si bien pareció necesario el establecimiento de una jurisdicción única encargada de velar por la aplicación uniforme del Derecho en Francia, fue igualmente crucial luchar contra la tentación legislativa de la que estuvieron apoderados los Parlamentos (*Parlements*) del Antiguo Régimen (*Ancien Régime*); y para ello existían en un principio dos salvaguardas: el artículo quinto del Código Civil, antes citado, y el denominado procedimiento de *référé législatif*, que obligaba al órgano casacional a remitirse al poder legislativo en caso de silencio u oscuridad de la ley, si bien con posterioridad fue eliminado.

De esta manera, se pone de manifiesto que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) tenía en su inicio la prohibición de desarrollar una labor creadora y de sustituir al legislador. Desde entonces el Alto Tribunal se encuentra sometido a dos mandatos en apariencia contradictorios: la reseñada prohibición contenida en el artículo quinto del Código Civil y la obligación, prevista en su artículo cuarto, de juzgar a pesar del eventual silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley<sup>263</sup>. En estos casos el órgano de casación completa o aclara, estando compelido a resolver por la vía de disposiciones formalmente generales, aunque su alcance está limitado al litigio sometido a aquel: mismas partes, objeto y causa<sup>264</sup>. La disposición general así adoptada no se impone constitucionalmente a los demás jueces y justiciables, pero su reiteración por el tribunal casacional implica un riesgo de censura que conduce a los jueces del fondo a observarla, teniendo de hecho un alcance normativo (*portée normative*)<sup>265</sup>; y este alcance normativo (*portée normative*) de las decisiones del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) constituye una consecuencia secundaria de su actividad esencial, que es la jurisdiccional, sin que pueda concebirse separado de la misma<sup>266</sup>.

Además, se critica que los autores del informe provisional (*rapport d'étape*) parten de la idea errónea de que la función normativa puede pervivir sin la función disciplinaria, tratándose de abandonar o reducir esta última a través de una utilización desmesurada del procedimiento de no-admisión (*procédure de non-admission*) o de la creación de una nueva vía sumaria para los asuntos que únicamente

<sup>262</sup> Vide B. HAFTTEL, «Libres propos sur l'avant-projet de réforme...», *Recueil Dalloz*, op. cit., núm. 24, 2015, pp. 1378 y ss.

<sup>263</sup> Sobre el tema, vide R. LIBCHABER, «Les articles 4 et 5 du Code civil, ou les devoirs contradictoires du juge civil», *Le titre préliminaire du Code civil*, dirs. G. FAURÉ et G. KOUBI, coll. Études Juridiques, Economica, Paris, 2003, pp. 143 y ss.

<sup>264</sup> Por tanto, las resoluciones dictadas por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) son normas individuales. Ello a diferencia de lo que acontece en el ámbito de los países del *common law*, en que las resoluciones de sus tribunales supremos constituyen normas generales. Vide P. MAYER, «Existe-t-il des normes individuelles?», *Mélanges en l'honneur de M. TROPER*, Economica, Paris, 2006, pp. 679 y ss.; J.G. MAHINGA, «Propos...», *Petites affiches*, op. cit., núm. 193, 28 septiembre 2015, pp. 7 y ss.

<sup>265</sup> Al respecto, E. DREYER, «Le filtrage des pourvois...», *Gazette du Palais*, op. cit., núm. 164, 13 junio 2015, pp. 6 y ss., apunta que es la autoridad del precedente lo que implica el reconocimiento al Tribunal de casación (*Cour de cassation*) de su poder normativo. Hasta la actualidad la autoridad de las resoluciones de este órgano ha sido esencialmente persuasiva. Es la repetición de sus soluciones lo que permite asimilar la jurisprudencia a la costumbre y convencer a todos para respetarla espontáneamente.

<sup>266</sup> Cfr. B. HAFTTEL, «Libres propos sur l'avant-projet de réforme...», *Recueil Dalloz*, op. cit., núm. 24, 2015, pp. 1378 y ss. Sobre la eficacia normativa de una sentencia del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), vide J. GHESTIN, «De l'effectivité normative d'un arrêt de la Cour de cassation. À propos de la définition des grosses réparations», *RTD civ.*, 2015, p. 1.

presenten cuestiones disciplinarias (especialmente, aquellos sobre los que ya hay una jurisprudencia establecida); y frente a ello se argumenta que no solo el alcance normativo de las decisiones del órgano casacional es consustancial a su función jurisdiccional, sino que no existe sin la función disciplinaria. De otra forma, los jueces del fondo dejarían de respetar, con total impunidad, las directrices formuladas por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*). Se trataría entonces de que este órgano dictase normas sin velar por su aplicación; es decir, su función sería la creación de normas cuya aplicación correspondería a los jueces del fondo, con apropiación de los poderes del Parlamento (*Parlement*) y cesación en el ejercicio de su función jurisdiccional. Y por las razones expuestas se concluye que la reforma debe ser rechazada en bloque<sup>267</sup>.

Por otro lado, el informe provisional (*rapport d'étape*) parte de que la proliferación de los litigios sometidos al Tribunal de casación (*Cour de cassation*) incide directamente en la autoridad de sus decisiones; y propone el establecimiento de un procedimiento de filtrado (*procédure de filtrage*) real de los recursos de casación. Supuestamente tal procedimiento permitiría el desarrollo de la función normativa de ese órgano jurisdiccional, haciendo reflotar las resoluciones con un contenido normativo, hasta ahora de alguna forma ahogadas dentro del considerable volumen total de las emitidas anualmente. Sin embargo, la doctrina<sup>268</sup> responde que el alcance normativo de una resolución deriva de su existencia y reiteración por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*); y no debe ser este quien determine cuáles son las decisiones verdaderamente normativas. Pero, aun suponiendo que sea legítimo que el tribunal casacional pueda indicar las resoluciones que considera importantes y con vocación normativa, ya existe un «sistema de marcado» (*système de marquage*) a través de su publicación en el Boletín (*Bulletin*), el Informe Anual (*Rapport Annuel*), el Boletín de información del Tribunal de casación (*Bulletin d'information de la Cour de cassation*), la página web de este órgano jurisdiccional o los comunicados de prensa, entre otras vías.

De hecho, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no tiene ninguna dificultad para dar a conocer al mundo jurídico alguna decisión que tiene un interés particular. Y si se entiende que la existencia de un gran número de resoluciones atenta contra la legibilidad de la jurisprudencia de ese órgano, bastaría con no hacer públicas todas ellas o modificar las modalidades de publicación de las mismas. En realidad, detrás de esta idea se esconde otra que el informe provisional (*rapport d'étape*) evita enunciar: el número de recursos daña no tanto la legibilidad de la jurisprudencia como la calidad de las resoluciones<sup>269</sup>. No obstante, las resoluciones más anecdóticas del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no se encuentran menos motivadas que aquellas que son objeto de menciones especiales<sup>270</sup>. Finalmente, las críticas doctrinales también ponen de manifiesto la ausencia en ese informe de lo que parece *a priori* un elemento esencial del proceso judicial: el justiciable. Así, en todo el texto de dicho documento se le

<sup>267</sup> Cfr. B. HAFTEL, «Libres propos sur l'avant-projet de réforme...», *Recueil Dalloz*, *op. cit.*, núm. 24, 2015, pp. 1378 y ss. También E. DREYER, «Le filtrage des pourvois...», *Gazette du Palais*, *op. cit.*, núm. 164, 13 junio 2015, pp. 6 y ss., considera que la consecuencia inmediata de la reforma es liberar a los tribunales de primera y última instancia, así como a los tribunales de apelación, de todo control. Es en realidad el control disciplinario que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ejerce sobre las decisiones de aquellos lo que está en riesgo de desaparecer con esa reforma. Los jueces del fondo podrán abstenerse de responder a los medios de defensa que les son presentados y condenar o absolver tras un análisis muy superficial de la cuestión que les es sometida. Y, en el mismo sentido, J.G. MAHINGA, «Propos...», *Petites affiches*, *op. cit.*, núm. 193, 28 septiembre 2015, pp. 7 y ss., pone de manifiesto que la introducción de un procedimiento de filtrado (*procédure de filtrage*) por medio de la elección de los recursos en el seno del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) significaría que este órgano jurisdiccional no ejercería más su función disciplinaria en beneficio de la normativa; y que la elección de la función normativa en detrimento de la disciplinaria entrañaría un desequilibrio de la organización judicial en Francia. En tal caso el control de la aplicación de la ley por las jurisdicciones inferiores no sería ya efectuado.

<sup>268</sup> Vide B. HAFTEL, «Libres propos sur l'avant-projet de réforme...», *Recueil Dalloz*, *op. cit.*, núm. 24, 2015, pp. 1378 y ss.

<sup>269</sup> Sobre la conveniencia de limitar los recursos de casación para hacer más legible la jurisprudencia del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), vide O. DUFOUR, «Limiter les pourvois pour rendre la jurisprudence plus lisible», *Petites affiches*, núm. 14, 20 enero 2000, pp. 4 y ss.

<sup>270</sup> Al respecto, apunta J.G. MAHINGA, «Propos...», *Petites affiches*, *op. cit.*, núm. 193, 28 septiembre 2015, pp. 7 y ss., que parece que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) considera que el aumento del número de recursos de casación influye en la motivación de las resoluciones emitidas; y distingue dos problemas distintos: el primero relativo a la brevedad de la motivación, que puede ser más lacónica o concisa en función de que el motivo de recurso sea rechazado o admitido; y el segundo referente a la calidad de la motivación, pudiendo constatarse que las resoluciones más importantes no están particularmente bien motivadas, a pesar de las precauciones tomadas para su redacción.

hace una única alusión, siendo la primera víctima de la reforma propuesta. Ello porque, existiendo una violación de la ley en el ámbito de los tribunales de instancia, verá su caso rechazado por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) por ser una cuestión disciplinaria, ya resuelta o de poco interés para este<sup>271</sup>; y, en consecuencia, desprotegido su único interés consistente en obtener la anulación de una decisión que estima irregular<sup>272</sup>.

43. En tal contexto de preocupación y crítica de la comunidad jurídica francesa sobre el proyecto de reforma del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), el 24 de noviembre de 2015 tuvo lugar en la gran sala (*Grand'Chambre*) de este órgano jurisdiccional la celebración, a iniciativa de JEAN-PAUL JEAN, presidente de sala (*président de chambre*) y director del Servicio de documentación, estudios e informes (*directeur du Service de documentation, des études et du rapport*) del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), una conferencia-debate (*conférence-débat*) titulada «*Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*»<sup>273</sup>. Dicha conferencia-debate (*conférence-débat*) se abrió a un importante número de representantes del ámbito universitario, entre los que cabe destacar los profesores LOÏC CADIET y CÉCILE CHAINAIS, además de a magistrados, fiscales y otros juristas<sup>274</sup>. Esos dos profesores, que según se ha dicho ya forman parte de la referida comisión de reflexión (*commission de réflexion*) encargada de conducir el estudio prospectivo relativo a la mencionada reforma<sup>275</sup>, eran calificados por JEAN-PAUL JEAN en su ponencia como «antropólogos del Tribunal de casación» («*anthropologues de la Cour de cassation*»). Este magistrado también aludía a la prohibición a la que, deontológicamente, aquellos están sometidos de publicar sobre el fondo de la reforma durante la duración de los trabajos; y a la vez venía a autoinculparse por tal frustración impuesta, sobre todo al ver la proliferación de artículos doctrinales sobre una reforma anunciada, pero que todavía no constituye nada más que «un objeto voluntariamente no identificado» («*un objet volontairement non identifié*»); reforma que, a su juicio, es deseo de todos que siga un método «participativo», es decir, abierto y transparente, con tiempo de debate a partir de estudios y proposiciones documentadas<sup>276</sup>.

<sup>271</sup> Cfr. B. HAFTEL, «Libres propos sur l'avant-projet de réforme...», *Recueil Dalloz*, *op. cit.*, núm. 24, 2015, pp. 1378 y ss., quien concluye que en este punto el informe provisional (*rapport d'étape*) no hace más que acentuar los defectos ya patentes en el actual «procedimiento de no-admisión» (*procédure de non-admission*).

<sup>272</sup> Cfr. P. CASSIA, «Filtrer l'accès au juge de cassation?», *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 1361 y ss.

<sup>273</sup> BERTRAND LOUVEL, primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), en su alocución de apertura de la citada conferencia-debate (*conférence-débat*), mostraba su satisfacción por acoger tal iniciativa a propósito de la reflexión que dicho órgano jurisdiccional conduce sobre su propia reforma; iniciativa que, en sus propias palabras, venía a unirse a la marcha emprendida hacía más de un año a fin de verificar si el rol del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) está en la actualidad adaptado al contexto actual, jurídico y social, internacional y nacional. *Vide* B. LOUVEL, «Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, 11 enero 2016, pp. 4 y 5 (disponible en: <http://www.lexisnexis.fr/pdf/2016/regards-universitaire-reforme-cour-cassation.pdf>).

<sup>274</sup> Con relación a esta conferencia-debate (*conférence-débat*) celebrada en el ámbito del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), P. MALAURIE, «Le projet de réforme de la Cour de cassation, regards universitaires», *Gazette du Palais*, núm. 346, 12 diciembre 2015, pp. 5 y ss., considera que se trata de la única jurisdicción del mundo que practica tal apertura; y que en lugar de repetir constantemente que debería parecerse a un tribunal supremo como los existentes en el extranjero (y, entre ellos, el propio de los Estados Unidos como el más prestigioso), el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) francés demuestra ser un modelo en el que las demás jurisdicciones superiores –francesas [especialmente, el Consejo de Estado (*Conseil d'État*)], europeas (especialmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y las extranjeras– deberían inspirarse. Esa apertura hacia las visiones, enfoques o perspectivas (*regards*) de otros se traduce en una humildad hecha de humanidad, humanismo y tolerancia, basada en un optimismo intelectual hoy casi desaparecido, con la creencia de que pueden renovarse las funciones, métodos, estilo, motivación y mentalidades del Tribunal de casación (*Cour de cassation*); y muestra también la utilidad del consejo y la libertad de expresión, uno de los fundamentos de nuestra civilización. Son, en definitiva, debates para buscar la verdad a través de tesis opuestas, la contradicción necesaria para lograrlo: alma, fuerza, corazón y espíritu del pensamiento jurídico, de su actividad y dialéctica.

<sup>275</sup> En este sentido, JEAN-CLAUDE MARIN, procurador general del Tribunal de casación (*procureur général de la Cour de cassation*), recordaba en su alocución de apertura que se han creado dos tipos de estructuras: una comisión de reflexión sobre las bases de funcionamiento de dicho órgano jurisdiccional, encargada de examinar las cuestiones vinculadas al filtrado de recursos de casación, la intensidad del control ejercido por aquel, la redacción y motivación de las resoluciones y, finalmente, el rol de la fiscalía (*parquet général*) en el seno de esa institución; y una comisión de reflexión sobre la comunicación del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no solo institucional sino también con el público. *Vide* J.C. MARIN, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, *op. cit.*, 11 enero 2016, p. 6.

<sup>276</sup> *Vide* J.P. JEAN, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, *op.*



La mesa redonda de la conferencia-debate (*conférence-débat*) estaba integrada, junto a ese magistrado del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), por destacados ponentes procedentes de prestigiosas Universidades francesas<sup>277</sup>, pudiéndose de ello deducir la importancia del sector académico en los trabajos dirigidos a la reforma de este órgano jurisdiccional<sup>278</sup>. Resumiendo los comentarios realizados por el profesor LOÏC CADIET en su ponencia de introducción<sup>279</sup>, la cuestión de la reforma de ese órgano jurisdiccional no es novedosa. La casación, desde su creación, no ha dejado de evolucionar, siendo en su concepción originaria una prerrogativa real para anular las resoluciones de los Parlamentos (*Parlements*) que aparecía como un complemento natural de su derecho a legislar y constituía menos un acto de jurisdicción que de poder. Si la casación puede aparecer ahora como un recurso de interés privado es porque constituye una vía de impugnación abierta a las partes en la defensa de sus derechos, lo que no ha sido siempre así, no siéndolo tampoco exclusivamente para esto. La consulta de las recopilaciones jurisprudenciales de mediados del siglo XIX muestra, por otro lado, que las resoluciones del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no han sido redactadas con la sucinta motivación que hoy día se les reprocha<sup>280</sup>. En un congreso monográfico sobre el juez de casación en Europa organizado hace pocos años se puso de manifiesto la necesidad de diferenciar los procedimientos de tramitación de los recursos de casación a fin de permitir al Tribunal de casación (*Cour de cassation*) responder mejor a las exigencias de sus funciones disciplinarias y normativas<sup>281</sup>.

Según el profesor LOÏC CADIET, la idea es que un recurso de casación cuyo rechazo o admisión se impone con evidencia no debe movilizar los mismos medios que otro que plantee una cuestión jurídica compleja o de principio; y la posibilidad de tales variaciones está ya prevista en el Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*) y, accesoriamente, en el Código de procedimiento civil (*Code de procédure civile*). Se trata de ampliarlas y mejorarlas para que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*), sin cesar de ser el garante de la legalidad de las decisiones pronunciadas por las jurisdicciones del fondo, pueda desempeñar mejor que hoy su rol en el desarrollo del Derecho. Desde hace más de quince años el sistema judicial francés de justicia ha conocido evoluciones importantes que han transformado la casi totalidad de sus engranajes, con la excepción del Tribunal de casación (*Cour de cassation*). Son muchos quienes han tenido el sentimiento de que, en los últimos años, este órgano jurisdiccional no ha disfrutado de los medios necesarios para jugar en igualdad de armas con las otras jurisdicciones superiores del orden interno; y de que su estatuto jurídico actual le ha dejado en una situación de fragilidad en el escenario jurisdiccional internacional. La cuestión no es la americanización de ese tribunal, sino la

---

*cit.*, 11 enero 2016, pp. 8 y 9, quien explicaba en su intervención que, internamente, ese método participativo implica, con todo el equipo del Servicio de documentación, estudios e informes (*Service de documentation, des études et du rapport*), grupos de trabajo, una base de datos accesible a todos los magistrados con documentos preparatorios, órdenes del día, cuestionarios, contribuciones individuales y colectivas, informes, síntesis, además de experimentaciones como las que están en curso en la sala civil segunda y en la penal; y venía a concluir que tal método es el de un trabajo muy concreto para conservar la genialidad propia del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), con su historia y técnica, pero adaptándola a su tiempo.

<sup>277</sup> Concretamente, LOÏC CADIET (*Université Paris I Panthéon-Sorbonne*), NICOLAS MOLFESSIS (*Université Panthéon-Assas*), EMMANUEL JEULAND (*Université Paris I Panthéon-Sorbonne*), DENYS DE BÉCHILLON (*Université de Pau*), NATALIE FRICERO (*Université de Nice*) y PHILIPPE THÉRY (*Université Paris II Panthéon-Assas*). La mesa redonda fue clausurada por CÉCILE CHAINAIS (*Université Paris II Panthéon-Assas*). Según apunta P. MALAURIE, «Le projet de réforme...», *Gazette du Palais, op. cit.*, núm. 346, 12 diciembre 2015, pp. 5 y ss., las intervenciones en la mesa redonda fueron enérgicas, respetuosas y afables, con razonamientos jurídicos y sin apenas ocultarse las oposiciones y diferencias; en Derecho, como en todos los ámbitos, entre personas de buena fe se llega al entendimiento.

<sup>278</sup> J.P. JEAN, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, p. 8, insistía expresamente durante su intervención en la aportación de la doctrina y en los vínculos históricos entre el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) y las Facultades de Derecho.

<sup>279</sup> Vide L. CADIET, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, pp. 10-15.

<sup>280</sup> Pero, según explica O. DUFOUR, «La Cour de cassation, entre évolution et révolution!», *Gazette du Palais*, núm. 283, pp. 3 y ss., el debate sobre la motivación sucinta de las resoluciones del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no es nuevo. Un documento del Servicio de documentación, estudios e informes (*Service de documentation, des études et du rapport*) recuerda que, ya en 1911, RENÉ DÉMOGUE estimaba que aquellas no debían proceder por la vía de la afirmación, sino recoger su motivación con profundidad. El mismo estudio subraya que los defensores del sistema actual alegan que el juez, boca de la ley, no tiene que motivar como el juez de *common law* creador de Derecho; y que tal estilo simplifica la evolución de la jurisprudencia, constituyendo un «índice estructural de soberanía» («*indice structurel de souveraineté*»).

<sup>281</sup> Vide L. CADIET, «Observations conclusives», *Le juge de cassation en Europe*, Dalloz, 2012, pp. 105-126.

modernización de sus procedimientos y, en su caso, la reordenación del rol de sus actores, consejeros, fiscales y abogados. La reforma del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) suscita opiniones variadas, que van desde la adhesión espontánea a aquella hasta su rechazo por principio, pasando por posturas más moderadas de perplejidad, prudencia o interrogación. Pero es positivo que todas ellas sean contrastadas en un debate constructivo y directo, no mediatizado por las editoriales que las difunden<sup>282</sup>.

Pues bien, fueron cuatro los temas fundamentales que se trataron en la mencionada conferencia-debate (*conférence-débat*): el acceso al Tribunal de casación (*Cour de cassation*); el tipo de control que este ejerce; la manera de motivar y escribir sus resoluciones y la metodología de la reforma. El ponente encargado de abordar ese primer tema relativo al acceso a dicho órgano jurisdiccional fue el profesor NICOLAS MOLFESSIS<sup>283</sup>, quien, en síntesis, venía a afirmar que la gestión de un volumen considerable de recursos de casación no permite una unidad y coherencia de las soluciones. La puesta en marcha de una selección real y eficaz de aquellos, resultante de un procedimiento de no-admisión (*procédure de non-admission*) fundamentado en la importancia de la cuestión jurídica, permitiría una reorientación adecuada del trabajo del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), sus medios y su manera de juzgar. Lo que se encuentra en juego es la existencia misma de este órgano, en tanto que jurisdicción apta para unificar el Derecho y responder a la necesidad de seguridad jurídica.

A juicio del citado autor<sup>284</sup>, partiendo de que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no constituye un tercer grado de jurisdicción<sup>285</sup>, este debe consagrar sus medios, así como la energía y competencia de sus magistrados, a resolver los litigios que lo merezcan, es decir, los que contribuyan a mejorar la aplicación de las normas jurídicas; y ha de hacerlo de una manera clara, comprensible y eficaz. No obstante, aquel precisaba que el tribunal casacional no se encuentra desbordado por los recursos de casación, llegando a tramitar cada año un promedio de treinta mil, cifra que crece periódicamente. Ello, sin embargo, no es necesario, útil ni sobre todo razonable. El problema es que no puede al mismo tiempo procesar ese número de recursos y ejercer su poder normativo<sup>286</sup>. Durante casi un cuarto de siglo el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ha buscado la forma de absorber el volumen de recursos de casación que se le presentan<sup>287</sup>. Y los estudios muestran que la mayoría de las democracias occidentales,

<sup>282</sup> Cfr. L. CADIET, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, op. cit., 11 enero 2016, pp. 10-15.

<sup>283</sup> Vide N. MOLFESSIS, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, op. cit., 11 enero 2016, pp. 16-19.

<sup>284</sup> Cfr. N. MOLFESSIS, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, op. cit., 11 enero 2016, pp. 16-18.

<sup>285</sup> Para I. CORPART, «L'encombrement croissant de la Cour de cassation», *Petites affiches*, núm. 16, 6 febrero 1995, p. 4, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) sufre de un número desmesurado de asuntos de los cuales ha de conocer, debido en parte a la voluntad de los justiciables de considerarlo, erróneamente, como un tercer grado de jurisdicción. Sin embargo, este órgano jurisdiccional tiene que limitarse al control de la correcta aplicación y de la unidad de interpretación de la norma jurídica.

<sup>286</sup> A criterio de P. SARGOS, «L'organisation et le fonctionnement de la chambre sociale de la Cour de cassation: la mission normative au peril de l'effet de masse», *Droit social*, núm. 1, 2006, p. 48, tal misión normativa no puede ser cumplida si miles de recursos de casación elevan ante una sala del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) cuestiones que no le permiten ejercerla, sino que lo transforman en una especie de tribunal de apelación de ámbito nacional, obligándole a dictar miles de resoluciones de rechazo que no solo no tienen ninguna vocación normativa sino que por su carácter factual son para muchos comentaristas una fuente de problemas. La vocación unificadora de la jurisprudencia deviene entonces una vocación dispersante, generadora de incertidumbre e inseguridad jurídica.

<sup>287</sup> Según explica N. MOLFESSIS, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, op. cit., 11 enero 2016, p. 18, las principales medidas de reorganización interna han estado justificadas por la necesidad de responder a la demanda creciente de decisiones; por ejemplo, la división de las salas en secciones y sub-secciones, audiencias restringidas, redacción de resoluciones estereotipadas, el establecimiento de un sistema de ayuda a la decisión (denominado *système SIMO*). También cabe mencionar medidas de racionalización del trabajo como una mejor clasificación de los recursos de casación, ordenación de los motivos, búsqueda de precedentes, identificación de divergencias jurisprudenciales o detección de las cuestiones de principio, concentrándose los esfuerzos más en los aspectos procedimentales que en la decisión misma. Y, finalmente, medidas de contención del flujo de recursos de casación, entre las que se encuentra el ya referido procedimiento no-admisión (*procédure de non-admission*), aunque apenas ha servido para aligerar la carga de trabajo de ese órgano jurisdiccional. Sobre los resultados derivados de la aplicación de dicho procedimiento, vide J.M. SOMMER y B. MUNOZ PEREZ, *Dix ans de non-admission devant les chambres civiles de la Cour de cassation*, febrero 2014 (disponible en: [https://www.courdecassation.fr/IMG///10ansdeNAdevantleschambrescivilesCC\\_140307.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG///10ansdeNAdevantleschambrescivilesCC_140307.pdf)).

salvo Italia, han implantado reformas profundas para regular los litigios ante sus tribunales supremos<sup>288</sup>, sin ignorar que los ejemplos extranjeros no son todos perfectamente comparables<sup>289</sup>.

Al respecto, el profesor NICOLAS MOLFESSIS recordaba que en Francia el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) conoce de numerosos litigios con carácter disciplinario<sup>290</sup>, pero los mismos deben ser objeto de un tratamiento *ad hoc*. Esto es, tienen que ser tramitados específicamente en razón a su falta de alcance normativo, lo que podría hacerse con celeridad por secciones reducidas en el seno de cada sala; y dicho órgano jurisdiccional debería identificar las resoluciones de naturaleza disciplinaria (por ejemplo, a través de la letra D). Para ese autor, en la selección de recursos de casación son posibles dos criterios, uno económico y otro relativo a la importancia de la cuestión jurídica a juzgar. El primero, que ha sido utilizado en Alemania y España, no parece pertinente, pues carece de vinculación con la función reguladora y unificadora del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), siendo por ello preferible el segundo<sup>291</sup>.

Finalmente, a los efectos de proceder al filtrado de los recursos de casación, el profesor NICOLAS MOLFESSIS aludía a dos métodos: que los tribunales de apelación tengan el poder de admitirlos, pudiendo su rechazo ser impugnado ante Tribunal de casación (*Cour de cassation*); o la instauración de un procedimiento de admisión en el ámbito de este órgano jurisdiccional, que es lo más conforme al modelo francés y lo más simple de poner en práctica a corto plazo<sup>292</sup>. Eso sí, resulta esencial que el tribunal casacional, en los asuntos que no responden a sus funciones, no comunique informe ni emita decisión motivada, sino una mera resolución de inadmisibilidad. Asimismo, convendría establecer en el seno de cada sala secciones especiales, que ya existen en el ámbito del procedimiento de no-admisión (*procédure de non-admission*), destinadas a realizar tal filtrado de los recursos de casación, después del examen por el ponente designado (*rapporteur*), teniendo las partes que justificar que el asunto implica una cuestión de principio (*question de principe*) en una memoria sobre su admisibilidad<sup>293</sup>.

El segundo tema de la conferencia-debate (*conférence-débat*) trataba sobre el tipo de control que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ejerce, cuyo análisis fue desarrollado por el profesor EMMANUEL JEULAND, con una ponencia titulada «Un enfoque no utilitarista del control de proporcionalidad» («*Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité*»)<sup>294</sup>. A su criterio, este control de proporcionalidad se encuentra en el corazón del proyecto de reforma del Tribunal de casación (*Cour de*

<sup>288</sup> Vide el informe «La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes», *Le club des juristes*, 6 octubre 2014 (disponible en: [http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/10/CDJ\\_Rapports-2014\\_Cours-supr%C3%A4mes\\_Oct.2014\\_Web.pdf](http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/10/CDJ_Rapports-2014_Cours-supr%C3%A4mes_Oct.2014_Web.pdf)).

<sup>289</sup> D. DE BÉCHILLON y M. GUILLAUME, «La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes...», *La semaine juridique. Édition générale, op. cit.*, núm. 46-47, 10 noviembre 2014, advierten que tales volúmenes de litigios a tramitar conducen al efecto extremadamente negativo de que los tribunales supremos no pueden ejercer su función principal consistente en decir el Derecho abordando cuestiones de principio (*questions de principe*). En las grandes democracias occidentales esas jurisdicciones supremas solo conocen de cuestiones de principio, de evolución del Derecho y de unificación de la jurisprudencia; y recuerdan el contenido de la Recomendación del Consejo de Europa nº R (95) de 5 de febrero de 1995, cuyo artículo séptimo, a propósito de los recursos planteados ante el tercer tribunal (tribunal casacional o tribunal supremo, según los Estados), prevé que aquellos deberían estar reservados a asuntos para los cuales un tercer examen jurisdiccional se justifica como, por ejemplo, los que contribuyan al desarrollo del Derecho o a la uniformización de la interpretación de la ley. Aún más, podrían estar limitados a los casos que planteen una cuestión jurídica de importancia general; y debería ser obligación del demandante la demostración de que el asunto conlleva tales cuestiones.

<sup>290</sup> Sobre el tema, vide A. PERDRIAU, «Le rôle disciplinaire...», *La semaine juridique. Édition générale, op. cit.*, núm. 28, 10 julio 2002.

<sup>291</sup> Cfr. N. MOLFESSIS, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, pp. 18-19.

<sup>292</sup> En este sentido, D. DE BÉCHILLON y M. GUILLAUME, «La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes...», *La semaine juridique. Édition générale, op. cit.*, núm. 46-47, 10 noviembre 2014, explican que las democracias occidentales, para regular los litigios ante sus tribunales supremos, han recurrido a dos tipos de procedimientos distintos en función de que se confíe el poder de admitir los recursos de casación bien a los tribunales de apelación o bien a aquellos otros; y, en cuanto a los criterios de admisión, señalan también dos posibles: uno de naturaleza económica y otra relativo a la importancia de la cuestión jurídica a juzgar.

<sup>293</sup> Cfr. N. MOLFESSIS, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, p. 19.

<sup>294</sup> Vide E. JEULAND, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, pp. 20-26.

*cassation*), pudiendo influir sobre la cuestión de la motivación y el filtrado de los asuntos; y ha experimentado un fuerte crecimiento desde hace alrededor de quince años, de lo que da prueba el hecho de que el término «proporcional» («*proportionné*») esté presente en numerosas resoluciones judiciales y se encuentre entre los más frecuentemente invocados en la motivación de los recursos.

Según recordaba ese mismo autor, incluso se ha utilizado dicho control de proporcionalidad por el tribunal casacional para descartar la aplicación de una norma jurídica en una conocida y pionera sentencia de 4 de diciembre de 2013<sup>295</sup>, a la que el propio BERTRAND LOUVEL, primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), se ha referido como «verdaderamente refundadora» («*arrêt véritablement refundateur*»)<sup>296</sup>. Además, ese órgano autorizó, en su resolución de 31 de marzo de 2015, la aplicación de una norma europea que prevé una excepción a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, poniendo de manifiesto los tres criterios de la Directiva de 27 de noviembre de 2000: carácter adecuado, necesario y proporcionalidad *stricto sensu*<sup>297</sup>. Pero también el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ha sido condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 5 de noviembre de 2015, recaída en el caso *Henrioud c. France*, por no haber llevado a cabo ese control de proporcionalidad<sup>298</sup>.

<sup>295</sup> Recurso de casación núm. 12-26.066, *Bull.* 2013, I, n° 234 (*cassation*). Los antecedentes de hecho de la reseñada resolución parten de una unión matrimonial entre las partes del litigio; unión que había dado un hijo como fruto. Tres años después de su divorcio, la ya ex-esposa contrae nupcias con el padre de su ex-marido. A la muerte de este último, después de más de veinte años de matrimonio, el ex-marido solicita su anulación con fundamento en el artículo 161 del Código Civil francés, que prohíbe el matrimonio entre todos los ascendientes y los familiares en la misma línea, pudiendo dicha anulación ser pretendida en un plazo de treinta años a partir de su celebración, según establecen los artículos 184 y 187 de ese texto legal. El órgano de primera instancia estima la pretensión de anulación del ex-marido y el tribunal de apelación confirma la resolución de aquel. Sin embargo, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) concluye que la nulidad del matrimonio constituye una injerencia injustificada en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), en la medida que tal unión, celebrada sin oposición, había durado más de veinte años, descartando en el caso concreto la aplicación del mencionado artículo 161 del Código Civil francés.

<sup>296</sup> *Vide* B. LOUVEL, «La Cour de cassation face aux défis du XXI<sup>e</sup> siècle», *Réflexions sur la réforme de la Cour de cassation*, marzo 2015, p. 3 (disponible en: [https://www.courdecassation.fr/IMG/avenir\\_CC\\_defis\\_XXIesiecle.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/avenir_CC_defis_XXIesiecle.pdf)).

<sup>297</sup> Recurso de casación núm. 13-18.667; JurisData núm. 2015-007001. Los antecedentes de hecho de la citada resolución tratan sobre un empleado, sujeto al convenio colectivo nacional para las actividades de gestión de residuos de 11 de mayo de 2000, que recibe el 18 de junio de 2009 la notificación de su retiro forzoso, con fecha de eficacia el 18 de diciembre del mismo año, tras el plazo convencional de preaviso de seis meses, llegando entonces aquel a la edad 60 años y pudiendo solicitar una pensión de jubilación completa. El trabajador recurre a los tribunales laborales con el fin de obtener la anulación de su retiro forzoso y la condena de su empleador a pagarle diversas cantidades. Desestimada su pretensión en primera instancia y en apelación, recurre en casación, invocando el carácter discriminatorio de ese retiro forzoso. Pues bien, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*), al estimar su pretensión, recuerda la excepción prevista en el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a cuyo tenor «los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». *Vide* N. DAUXERRE, «Mise à la retraite: conditions à respecter pour un salarié entre 60 et 65 ans», *La Semaine Juridique Sociale*, núm. 15, 15 abril 2015.

<sup>298</sup> CEDH, 5 noviembre 2015, núm. 21444/11; JurisData núm. 2015-024260. Así, la parte demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su esposa, ambos nacionales de Suiza, son padres de dos hijos; y, tras su separación, la mujer decide abandonar la casa con los dos niños para mudarse a Francia. Los tribunales competentes de Suiza, como medida de urgencia, emiten una orden prohibiendo a la esposa salir de Suiza para instalarse en Francia con los niños. Paralelamente, ella se somete a la misma jurisdicción a fin de que le sea atribuida la custodia de estos; y, posteriormente, abandona Suiza para ir a Francia con sus hijos. El marido presenta una solicitud de restitución de los menores a la Oficina federal de justicia (*Office fédéral de la justice*), la autoridad suiza competente en la materia en virtud del Convenio de La Haya; solicitud que se remite a la autoridad central francesa y al procurador general (*procureur général*) del Tribunal de Apelación de Burdeos. Mientras tanto, aquel presenta una demanda de divorcio, pretendiendo que le sea reconocida la custodia de los niños. La orden que prohíbe a la esposa a salir de Suiza se revoca por los tribunales suizos, teniendo en cuenta que había abandonado el país antes de que le fuese notificada. A instancias del procurador general (*procureur général*), que pretende obtener el retorno inmediato a Suiza de los niños por estar retenidos ilícitamente, el tribunal de primera instancia de Burdeos decide que no había habido ningún traslado o retención ilícitos en el territorio francés; decisión que se apela por el procurador general (*procureur général*) y se confirma por el tribunal de apelación de Burdeos. El procurador general (*procureur général*) presenta después recurso de casación, declarando el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) su inadmisión por razones de procedimiento, al no haberse remitido el acta de notificación (*acte de signification*) de la resolución impugnada. Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve, por un lado, que el órgano casacional incurre en un exceso de formalismo en la aplicación de tal exigencia procesal, con vulneración del derecho de acceso a los tribunales (art. 6.1 CEDH); y, por otro, que el hecho de considerar que la falta de

Por tanto, en opinión del profesor JEULAND, la pregunta no es saber si el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) tiene o no que aplicar el principio de proporcionalidad, pues ha de hacerlo para adecuarse a las leyes, directivas y tratados, sino qué debe entenderse por tal control. La determinación de la intensidad del control, leve o profundo, de ese órgano jurisdiccional es una cuestión de política jurisprudencial<sup>299</sup>. No obstante, con el principio de proporcionalidad se opera un cambio de escala y probablemente de método jurídico. Existe una proporcionalidad vinculada al control de la fundamentalidad y otra desligada de la misma como en materia cautelar o protección de los mayores; y se podría tratar de unificar todos los controles de proporcionalidad o concentrarse en la proporcionalidad sobre los derechos fundamentales. Sobre lo no hay duda es que la ausencia de control de proporcionalidad por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) expone a Francia a condenas por los tribunales europeos. A los efectos de evitar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos controle la proporcionalidad en lugar del órgano casacional, este debe beneficiarse del margen de apreciación de los jueces nacionales; y cabe sentirse tentado de aplicar así los tres criterios que se desprenden de la citada directiva, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: adecuación del medio, su necesidad y proporcionalidad<sup>300</sup>.

Pues bien, concluía el referido autor que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) debería operar un control profundo de la proporcionalidad cuando la fundamentalidad está en juego, lo que no ocurre en todos los asuntos; y que haría falta prever criterios precisos para el juez de casación, que no es solo un juez de la fundamentalidad. Para ello esos tres criterios existentes con mayor o menor claridad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) francés quizás no resulten satisfactorios. Convendría proceder a modo de cuarto criterio a una comparación entre las relaciones jurídicas existentes y las que existirían si la medida en liza hubiera sido tomada; por ejemplo, la nulidad del matrimonio en la mencionada sentencia de 4 de diciembre de 2013<sup>301</sup>. Tal comparación implica tener en cuenta valores, pero se trataría sobre todo de apreciar cuál de aquellas es la más durable, equilibrada y satisfactoria<sup>302</sup>.

Por su parte, el profesor DENYS DE BÉCHILLON realizaba algunas observaciones sobre el control de proporcionalidad en la misma conferencia-debate (*conférence-débat*)<sup>303</sup>. En primer lugar, no compartía que la referencia al control de proporcionalidad fuese constitutiva de un verdadero cambio de paradigma, puesto que este tipo de control –tal como el ejercido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) o el Consejo de Estado (*Conseil d'État*)– se mantiene confinado en un espacio relativamente restringido. Solo concierne a las hipótesis de violación de derechos fundamentales tomados como normas de referencia por esas jurisdicciones (Convenio

---

presentación de recursos contra la revocación judicial de la orden de prohibición de salir de Suiza era un allanamiento a la no devolución de los niños constituye una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Resolución disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-158354"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{)

<sup>299</sup> Sobre el tema, vide G. CANIVET y N. MOLFESSIS, *La politique jurisprudentielle* (disponible en: [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/publications\\_2007/la\\_politique\\_jurisprudentielle.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/publications_2007/la_politique_jurisprudentielle.pdf)), quienes explican que toda política jurisprudencial se manifiesta por dos rasgos: es siempre una opción y responde forzosamente a una necesidad.

<sup>300</sup> Cfr. E. JEULAND, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, pp. 20-24.

<sup>301</sup> P. JESTAZ, J.P. MARGUÉNAUD y C. JAMIN, «Révolution tranquille...», *Recueil Dalloz, op. cit.*, núm. 36, 23 octubre 2014, plantean la pregunta de cómo juzgar cuando cada uno de los litigantes invoca un derecho protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos; y advierten que el Tribunal de Estrasburgo, condenando a Francia, había impuesto hacia poco escrutar los hechos a fin de determinar cuál de esos derechos pesaba más en el caso concreto, incluso si ello implicaba descartar la ley interna. A esta nueva forma de control de proporcionalidad se une el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) en su sentencia de 4 de diciembre de 2013, en la que entra a valorar los hechos, aunque sin explicarse demasiado. Por su parte, P. CHEVALIER, «De nouveaux horizons pour le contrôle de conventionnalité à la Cour de cassation?», *Constitutions*, 2014, p. 350, considera que en dicha resolución judicial el tribunal casacional ha dado un primer paso deslizando una apreciación factual en su razonamiento para constatar una violación de un derecho fundamental; y sugiere si no debería el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) elaborar un nuevo marco para el ejercicio de su control de convencionalidad (*contrôle de conventionnalité*), en el cual la proporcionalidad de la infracción del derecho fundamental invocado fuese el criterio.

<sup>302</sup> Cfr. E. JEULAND, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, p. 26.

<sup>303</sup> Vide D. DE BÉCHILLON, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, pp. 27-29.

Europeo de Derechos Humanos, Preámbulo de la Constitución...). En segundo lugar, señalaba ese autor que, hasta donde alcanza su conocimiento, el Tribunal de Estrasburgo nunca ha condenado el modo de razonamiento habitual del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ni la escritura de sus resoluciones. Lo único que se prescribe es la obligación de no cerrar los ojos en presencia de una ofensa desproporcionada hacia alguno de los derechos protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos; y de dar expresamente razón, de una manera u otra, de la resolución del problema. En tercer lugar, mostraba su preocupación de que una regresión profunda se perfila en el horizonte si no se mantiene en sus justos límites ese nuevo control y las perturbaciones estructurales que traería consigo de plano. Por último, defendía que el desarrollo del control de proporcionalidad no es y no será constitutivo de un progreso sino en la medida en que no sea confundido con el Derecho natural; y, si algún día se confunde con la valoración en equidad, se convertirá en instrumento de un grave retroceso en la historia del Estado de Derecho.

El tercer tema de la conferencia-debate (*conférence-débat*) tenía por objeto la manera de motivar y escribir el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) sus resoluciones<sup>304</sup>, lo que fue tratado por la profesora NATALIE FRICERO<sup>305</sup>, quien comenzaba apuntando que ese órgano jurisdiccional se encuentra ante un nuevo desafío: la democratización de la comprensión del alcance normativo de sus resoluciones<sup>306</sup>. La reflexión sobre la motivación contribuye a la renovación del pacto democrático entre el juez y los justiciables. Las resoluciones del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) están sometidas a la obligación de motivación prevista en el artículo 455 del Código de procedimiento civil (*Code de procédure civile*), que no precisa su contenido. Este órgano jurisdiccional ha hecho evolucionar su motivación en el sentido de una mayor concisión y rigor terminológico. Dicho esto, la citada autora procedía a responder a una serie de preguntas que planteaba en su ponencia. Así, respecto a si es necesario introducir la posibilidad de que los jueces formulen una opinión personal en anexo a la decisión judicial, consideraba que tal opinión separada permite al juez explicar públicamente las razones por las cuales rechaza adherirse en todo o parte a la decisión mayoritaria; y tiene beneficios pedagógicos como permitir al justiciable verificar que todos los aspectos de su causa han sido oídos (art. 6.1 CEDH). Pero su incorporación en la redacción de las resoluciones del tribunal casacional ha de ser descartada, puesto que ello podría socavar el alcance normativo, comprensión y aceptación de las mismas; y otro inconveniente es el riesgo de menoscabo de la independencia judicial.

También se preguntaba la profesora NATALIE FRICERO si hace falta abandonar el silogismo judicial conciso en favor de un control de proporcionalidad a la vez silogístico y analítico, a lo que respondía negativamente por cuanto que aquel constituye un modo de razonamiento propio de los Derechos continentales, en contraposición a la técnica analítica y casuística anglosajona<sup>307</sup>. La oportunidad de un cambio de estilo no se ha verificado: la frase única presenta la ventaja de una comprensión rápida y fácil, por poco que el lector domine la terminología jurídica. Por el contrario, una adaptación y graduación de la motivación parece inevitable. Cuando el órgano casacional ejerce su misión creadora de Derecho u opera un cambio de jurisprudencia, un suplemento de motivación se hace indispensable para responder a los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; estándares que imponen a los tribunales supremos dar cuenta de las razones sustanciales de tal cambio jurisprudencial, so pena de vulnerar el derecho del justiciable a

<sup>304</sup> P. JESTAZ, J.P. MARGUÉNAUD y C. JAMIN, «Révolution tranquille...», *Recueil Dalloz*, *op. cit.*, núm. 36, 23 octubre 2014, explican que el tema de la motivación ha dado lugar a una literatura que ha sido mucho tiempo infructuosa. Siempre citada, nunca retomada, la famosa crónica de TUNC y TOFFAIT (*vide A. TOUFFAIT y A. TUNC, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, RTD civ., 1974, citada por aquellos), en la que estos invitaban a una motivación más explícita de las decisiones judiciales, parecía no tener que salir de los cajones. Pero, bajo la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las cosas podrían cambiar. En el mismo sentido, *vide P.Y. GAUTIER, «Éloge du syllogisme»*, *La semaine juridique. Édition générale*, núm. 36, 31 agosto 2015.

<sup>305</sup> *Vide N. FRICERO, «Regards d'universitaires...»*, *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, *op. cit.*, 11 enero 2016, pp. 30-34.

<sup>306</sup> Sobre el tema, *vide J. GHESTIN, «L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation»*, *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 2239-2248; J.F. WEBER, *Comprendre un arrêt de Cour de cassation*, 15 mayo 2009 (disponible en: [https://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/bulletin\\_information\\_cour\\_cassation\\_27/bulletins\\_information\\_2009\\_2866/no\\_702\\_3151/communication\\_3153/](https://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2009_2866/no_702_3151/communication_3153/)).

<sup>307</sup> *Vide C. JAMIN, Contrôle de proportionnalité: Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux*, 30 marzo 2015 (disponible en: [https://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/reforme\\_cour\\_7109/contr\\_proportionnalite\\_7858/juger\\_motiver\\_31563.html](https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/contr_proportionnalite_7858/juger_motiver_31563.html)).

obtener una decisión suficientemente motivada. Como no parece posible generalizar una motivación más extensa para todas las resoluciones, una selección de asuntos que la necesiten, acompañada, si procede, de una nueva repartición de roles de las secciones del órgano casacional, permitiría asegurar más transparencia en la motivación e integrar las consideraciones en el contexto del caso<sup>308</sup>.

Siguiendo a aquella autora, toda la dificultad consistirá en definir un nuevo equilibrio para evitar que un exceso de motivación debilite la coherencia del Derecho y la autoridad de las resoluciones del Tribunal de casación (*Cour de cassation*). La difusión de las mismas contribuye sin duda a la efectividad de la función reguladora de este órgano jurisdiccional<sup>309</sup>. Cuestión distinta es si se han de difundir el informe del ponente (*rapporteur*) y el dictamen del abogado general (*avocat général*), que solamente son publicados en determinadas ocasiones. A este respecto, convendría institucionalizar la práctica de tal difusión en las resoluciones de alto alcance normativo del tribunal casacional<sup>310</sup>. Finalmente, con relación a la mejora de la difusión de las explicaciones pedagógicas de las referidas resoluciones, la profesora NATALIE FRICERO entendía que pueden racionalizarse ciertos complementos interpretativos a fin de desvelar los aspectos no jurídicos de la decisión (aspectos de política judicial, de buena administración de justicia, económicos, sociales, de proporcionalidad); y apostillaba que la concatenación de resoluciones mejora la legibilidad de la jurisprudencia: la remisión a los precedentes pertinentes permite situar la nueva solución en la evolución jurisprudencial<sup>311</sup>.

Igualmente, el profesor DENYS DE BÉCHILLON realizaba algunas observaciones en esa conferencia-debate (*conférence-débat*) sobre la motivación de las resoluciones del Tribunal de casación (*Cour de cassation*)<sup>312</sup>. Concretamente, por qué, para quien y con qué motivar mejor; y si hay que poner en entredicho la forma silogística de la escritura de esas resoluciones. En primer lugar, para ese autor motivar mejor es una cuestión que abarca al menos dos interrogantes diferentes: la inteligibilidad de la decisión y su aceptación social o, si se prefiere, su percepción como legítima. En segundo lugar, cabe diferenciar tres destinatarios distintos: los protagonistas del proceso, que disponen de un abogado para explicarles lo que podría requerir una cualificación jurídica; la sociedad en su conjunto, en tanto que resulta afectada sobre todo cuando la resolución presenta una dimensión jurisprudencial propia que le confiere un efecto que se extiende más allá de las partes o cuando se pronuncia sobre la eficacia de una norma de alcance general, legal o reglamentaria; y la comunidad de juristas profesionales, que son los más reivindicativos en materia de motivación. En tercer lugar, a un juez se le pide fundamentalmente que resuelva en Derecho y no de otra manera. Por último, ese autor mostraba su convencimiento de que resulta deseable tratar de motivar mejor en el ámbito del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), pero eso no significa que tal objetivo requiera pasar por vías revolucionarias. Algunos medios leves podrían ser suficientes: un esfuerzo verdadero en la dirección de una mejor legibilidad y de una explicación menos críptica; el cuestionamiento de una escritura excesivamente arcaica...<sup>313</sup>. No mucho más.

<sup>308</sup> Cfr. N. FRICERO, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, p. 32.

<sup>309</sup> No obstante, tal y como constata N. FRICERO, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, p. 33, en el ámbito de la difusión de las resoluciones del tribunal casacional hay ciertas paradojas. En efecto, la importancia de la cuestión de principio planteada en algunas decisiones no se traduce en una publicación en el Boletín (*Bulletin*) o Informe (*Rapport*). Inversamente, la difusión en la web de *Légifrance* de la totalidad de las decisiones conduce a los profesionales del Derecho a utilizar una resolución inédita en sus motivos jurídicos, aun conociendo el débil alcance normativo de la misma.

<sup>310</sup> Vide V. REBEYROL, «Une réforme pour la Cour de cassation?», *Dalloz Actualité*, 4 Septembre 2015.

<sup>311</sup> Cfr. N. FRICERO, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, pp. 32-34.

<sup>312</sup> Vide D. DE BÉCHILLON, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2, op. cit.*, 11 enero 2016, pp. 35-37.

<sup>313</sup> Con carácter general, el problema de la legibilidad de las resoluciones judiciales lo ponía también de manifiesto el primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*) en el discurso que pronunció el 14 de septiembre de 2015 para la apertura de los trabajos de la comisión de reflexión (*commission de réflexion*) dedicados a la motivación; discurso en el que afirmaba que el ciudadano, más que nunca, acepta mal verse bajo la imposición de soluciones jurídicas que no comprende, siendo importante, por ende, que la justicia explique sus decisiones (disponible en: [https://www.courdecassation.fr/IMG/20150914\\_ouverture\\_travaux\\_motiv.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/20150914_ouverture_travaux_motiv.pdf)).

Finalmente, el cuarto tema de la conferencia-debate (*conférence-débat*) hacía referencia a la metodología de la reforma; tema que fue abordado por el profesor PHILIPPE THÉRY<sup>314</sup>, quien iniciaba su ponencia recordando la voluntad del primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*) de hacer evolucionar el rol de este órgano jurisdiccional para devolverle su lugar de tribunal supremo e introducir en sus decisiones un control de proporcionalidad que le dará un margen de discrecionalidad habida cuenta de las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y la opinión de este magistrado, manifestada en una entrevista, en el sentido de que, si nada cambia, Francia continuará siendo condenada en Estrasburgo debido a las resoluciones de ese órgano jurisdiccional, el cual no se ha adaptado al control de tipo europeo y no cumple su rol de tribunal supremo<sup>315</sup>. Pues bien, la pregunta que se planteaba aquel autor es si, como desea el primer presidente (*premier président*), se ha de introducir en la decisión del órgano casacional un control de proporcionalidad y cambiar el método de juzgar; y a ello respondía que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ya ha realizado ese tipo de control en algunas de sus resoluciones, citando expresamente la ya mencionada sentencia de 4 de diciembre de 2013, en virtud de la cual se descartaba la anulación de un matrimonio incestuoso pretendida veinte años después de su celebración. En cualquier caso, si en los litigios donde los derechos fundamentales están en liza ese órgano estima necesario reclamar la atención de los jueces del fondo sobre la necesidad de apreciar si la aplicación de la ley es proporcionada, hace falta una resolución, recaída en asamblea plenaria (*assemblée plénière*), que fije las modalidades de tal control y determine sus límites<sup>316</sup>.

Por otro lado, en cuanto al rol normativo del órgano casacional, el profesor PHILIPPE THÉRY partía de la dificultad derivada de que ningún texto se lo confiere ni se lo ha conferido jamás; y se remitía a lo que el propio Tribunal de casación (*Cour de cassation*) predica sobre sí mismo: es un órgano llamado no para pronunciarse sobre el fondo, sino para decir, en función de los hechos que son soberanamente apreciados en las decisiones que le son deferidas, si las normas jurídicas han sido correctamente aplicadas<sup>317</sup>. El propósito de este autor no era afirmar que las resoluciones del tribunal casacional carecen de alcance normativo; solamente destacar que tal cualidad, característica de toda actividad jurisdiccional, radica en la posición jerárquica de ese órgano. El alcance normativo de sus resoluciones es invisible: la más teórica de las sentencias con una cuestión de principio no contiene más que lo estrictamente necesario para resolver el tema planteado; y supone un razonamiento inductivo realizado por el lector, a partir de la motivación, para darle la forma de una norma general<sup>318</sup>. Pero el rol normativo del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no existe en sí mismo, es un producto derivado de su actividad jurisdiccional. Tal invisibilidad hace que una reforma sea delicada. Es posible, sin necesidad de un texto legal, tratar diferentemente los asuntos «normativos» y los ordinarios. Por el contrario, el reconocimiento oficial del rol normativo de este órgano jurisdiccional exigiría una reforma de amplitud quizás legislativa o constitucional, acompañada de una profunda reflexión sobre muchos puntos, determinándose lo que corresponde al juez y al legislador. También haría falta meditar sobre la proporcionalidad; en qué consiste exactamente y cuál debe ser su ámbito: limitado a los litigios relativos a derechos fundamentales o generalizado como modo de juzgar ordinario<sup>319</sup>.

<sup>314</sup> Vide P. THÉRY, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, op. cit., 11 enero 2016, p. 38-41.

<sup>315</sup> Vide entrevista con B. LOUVEL, *La semaine juridique. Édition générale*, núm. 43, 19 octubre 2015 (disponible en: [https://www.courdecassation.fr/IMG/Entretien\\_de\\_B\\_Louvel\\_a\\_La\\_Semaine\\_juridique.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/Entretien_de_B_Louvel_a_La_Semaine_juridique.pdf)).

<sup>316</sup> P. THÉRY, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, op. cit., 11 enero 2016, pp. 39-40, traía a colación el comentario realizado por B. LOUVEL en la entrevista reseñada en la nota anterior, quien alude a lo que parece una alternativa para los jueces: la confrontación del legalismo estricto que impregna la tradición jurídica francesa con la proporcionalidad en la aplicación de un texto legal en el caso concreto cuando los derechos fundamentales están implicados, según el largo perímetro dado a los mismos por el Tribunal de Estrasburgo. Se trata de incluir un control de tipo europeo, con todas sus connotaciones, en la técnica de la casación.

<sup>317</sup> Vide *Le rôle de la Cour de cassation* (disponible en: [https://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/presentation\\_2845/r\\_cour\\_cassation\\_30989.html](https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/presentation_2845/r_cour_cassation_30989.html)).

<sup>318</sup> En este sentido, vide P. HEBRAUD, «Le juge et la jurisprudence», *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 329-373.

<sup>319</sup> Cfr. P. THÉRY, «Regards d'universitaires...», *La semaine juridique. Édition générale. Suplemento al número 1-2*, op. cit., 11 enero 2016, p. 41.



44. Aunque las intervenciones de los académicos participantes en la mesa redonda de la referida conferencia-debate (*conférence-débat*) a favor de la transformación del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) en un tribunal supremo tuvieron más peso que las que se posicionaron en contra<sup>320</sup>, la cuestión de la reforma de ese órgano jurisdiccional no es en absoluto pacífica; y sigue suscitando todo tipo de reacciones en la comunidad jurídica francesa, muchas negativas, en el sentido de las ya apuntadas con respecto al informe provisional (*rapport d'étape*) presentado por la comisión de reflexión (*commission de réflexion*) encargada de conducir el estudio prospectivo sobre la citada reforma<sup>321</sup>. Entre ellas interesa destacar las que se oponen a aspectos de tanta relevancia como el control de proporcionalidad y la función normativa que, si el proyecto de reforma prosperase, el tribunal casacional estaría llamado a ejercer. Según se ha explicado ya, en virtud de ese control de proporcionalidad resultaría posible descartar la aplicación de una norma interna en razón de la desproporción de sus efectos sobre un derecho fundamental en las circunstancias concretas del caso planteado<sup>322</sup>, tomándose como modelo la sentencia de 4 de diciembre de 2013<sup>323</sup>.

Pues bien, doctrinalmente<sup>324</sup> se ha invocado que tal control de proporcionalidad carece de equivalente en el ordenamiento jurídico francés, frente a quienes defienden su existencia en el mismo<sup>325</sup>, siendo, por el contrario, propio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, verdadera inspiración de la reforma propuesta<sup>326</sup>; y que su asunción por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) iría en contra de la doble función tradicional de este órgano jurisdiccional: velar por el respeto de la ley y asegurar la unidad de aplicación en todo el territorio nacional. Dicho esto, se plantea la cuestión de la legitimidad, oportunidad

<sup>320</sup> Así lo valora P. MALAURIE, «Le projet de réforme...», *Gazette du Palais*, op. cit., núm. 346, 12 diciembre 2015, pp. 5 y ss., aunque critica lo reducido del espacio donde se celebró la conferencia-debate (*conférence-débat*), a los efectos de la formulación de observaciones desde la sala, lo que venía a generar un desequilibrio en el debate.

<sup>321</sup> Vide núm. 42 de este trabajo.

<sup>322</sup> B. LOUVEL, «Réflexions...», *Dalloz Actualité*, op. cit., 25 junio 2015. Por su parte, P. MALAURIE, «Reformer la Cour de cassation, oui ou non?», *Gazette du Palais*, núm. 311, 7 noviembre 2015, pp. 12 y ss., explica que una de las más sólidas justificaciones de la reforma radica en que el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) debe conocer una renovación de sus métodos de interpretación, habiendo de abandonar la interpretación literal de los textos legales, lo que ha sido su tradición. Para estar próximo a la realidad, dicho órgano jurisdiccional tendría que aplicar sistemáticamente el control de proporcionalidad, siguiendo los modelos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*), en lugar de remitirse a un texto legal, habría de tener en cuenta los resultados a los cuales conduce su decisión; e, igualmente, habría de tener en cuenta los hechos, debiendo ser abandonada la distinción entre los hechos y el Derecho.

<sup>323</sup> Pero, a juicio de C. FATACCINI, «L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation)», *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 1734 y ss., esa sentencia se inscribe dentro del enfoque tradicional del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), que en absoluto se ha transformado en una especie de «sub-tribunal europeo» ni se encuentra incapacitado por la naturaleza de su control para evitar las «iras» de Estrasburgo. Asimismo, la reseñada resolución solo fue innovadora en Derecho, en la medida que descarta la aplicación de una norma interna (el artículo 161 del Código Civil, que prohíbe el matrimonio entre familiares) por aparecer incompatible con el respeto de un derecho garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (el artículo 8, que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar). Consecuentemente, ese órgano jurisdiccional no se ha salido de su ámbito. Por tales razones se pregunta la mencionada autora por qué reformar el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) cuando, en realidad, no se está produciendo ningún cambio y la naturaleza de su control no es un obstáculo a la aplicación del control de proporcionalidad.

<sup>324</sup> Vide F. CHÉNEDE, «Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation?», *Recueil Dalloz*, 6 diciembre 2016, pp. 796 y ss.

<sup>325</sup> Por ejemplo, en el ámbito de las cláusulas penales, abusivas o del control de la conformidad del contrato a las libertades fundamentales impuesta por el Derecho laboral o civil. En contra de ello, F. CHÉNEDE, «Contre-révolution...», *Recueil Dalloz*, op. cit., 6 diciembre 2016, pp. 796 y ss., replica que con el control de esas cláusulas no se trata de inaplicar la ley, sino de corregir los excesos de los contratantes. Con el control de proporcionalidad, en cambio, se trata de autorizar al órgano casacional para descartar la aplicación de una ley clara y precisa, cuando estime que su aplicación al caso concreto traería consigo una violación de los derechos y libertades de alguna de las partes del litigio; y, aunque es cierto que otras altas jurisdicciones como el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) pueden apartar una ley por su contrariedad con los derechos y libertades garantizados por la Constitución o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el examen se proyecta sobre la regla general expresada por esa ley (control *in abstracto*), no sobre su aplicación en el caso concreto (control *in concreto*). Tampoco hay una decisión equiparable a la referida sentencia de 4 de diciembre de 2013 del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) en la jurisprudencia del Consejo de Estado (*Conseil d'État*), que nunca ha rechazado la voluntad clara y precisa del legislador por razón de que su traslación al caso concreto sería desproporcionada o injusta para alguna de las partes de la controversia.

<sup>326</sup> Tampoco parece ocultarlo el primer presidente del Tribunal de casación (*premier président de la Cour de cassation*), B. LOUVEL, «Réflexions...», *Dalloz Actualité*, op. cit., 25 junio 2015, cuando explica que es la importancia creciente de la jurisprudencia europea, en particular la del Tribunal de Estrasburgo, resolviendo sobre los hechos y el Derecho, así como descartando la aplicación de la ley en razón de las circunstancias, lo que llevaría a la evolución de la función del Alto Tribunal francés.

y necesidad de la reforma. Así, por una parte, se critica que en la base de aquella está el reconocimiento de un poder normativo al tribunal casacional, cuando nadie duda que su jurisprudencia es fuente del Derecho<sup>327</sup>. Otra cosa son sus límites; y aquí se suelen poner en contraposición los sistemas de Derecho continental y los anglosajones<sup>328</sup>. Los Derechos continentales y, en especial, el Derecho francés no han considerado nunca al juez como la mera «boca de la ley», sino que le han reconocido siempre un rol complementario en la creación del Derecho; y, además, es incorrecto afirmar que los jueces del *common law* juzgan en equidad, no debiéndose confundir los tribunales de equidad con la aplicación de la equidad<sup>329</sup>.

Por otra parte, se advierte que, si se permitiese el apartamiento de la ley caso por caso, el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no se limitaría a sobrepasar sus prerrogativas, puesto que también faltaría a su deber: asegurar la unidad del Derecho nacional en todo el país a fin de garantizar la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica<sup>330</sup>; y en el cumplimiento de dicho deber ese órgano jurisdiccional no concurre ni con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni con el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), quienes carecen de la ambición y los poderes para arrogarse tal función. Finalmente, se concluye que los promotores de la reforma, en su voluntad de reforzar la función normativa del tribunal casacional, proponen lo que sería la negación de ese deber: el control de proporcionalidad; es decir, un control que no tendría por objeto la construcción de un Derecho unitario, sino que permitiría su ruptura para adaptarse a las circunstancias particulares del caso. Si la supremacía del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) es incontestable en su función tradicional, resulta inviable en esa nueva función; y si su misión se alinea con la propia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aquel devendría en una jurisdicción de segundo grado con respecto a este, sin convertirse en una jurisdicción suprema. En síntesis, en tanto que el control de legalidad asegura la función normativa y la supremacía del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), el control de proporcionalidad contradiría lo primero e impediría lo segundo<sup>331</sup>.

Las críticas doctrinales<sup>332</sup> también ponen de manifiesto que la reforma propuesta tampoco estaría justificada por la necesidad, igualmente invocada en el ámbito del Consejo de Estado (*Conseil d'État*), de reducir sensiblemente el número de recursos de casación tramitados por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*). Contrariamente a una idea preconcebida, ese número es relativamente estable desde hace veinte años; y razonable, partiendo del número de litigios, civiles y penales<sup>333</sup>, planteados

<sup>327</sup> Al respecto, J.G. MAHINGA, «Propos...», *Petites affiches*, *op. cit.*, núm. 193, 28 septiembre 2015, pp. 7 y ss., señala que, sin duda, a través de sus resoluciones el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) ejerce una actividad normativa, no habiéndose nunca replicado que aquellas constituyen una fuente creadora del Derecho (en este sentido, *vide La jurisprudence source créatrice de droit. Travaux de l'Association Henry Capitant*, Paris, Dalloz, 1980; P. JESTAZ, «Source délicateuse (Remarques en cascade sur les sources du droit)», *RTD civ.*, 1993, p. 73; ambos citados por J.G. MAHINGA). Así, son las resoluciones de ese órgano jurisdiccional las que contienen tal alcance normativo, que procede de la interpretación o la aplicación que este hace en un litigio determinado. Pero el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) en sí mismo no desarrolla ninguna función normativa. Es exclusivamente en el ejercicio de su función disciplinaria como va a poder emitir decisiones con un alcance normativo.

<sup>328</sup> *Vide* B. LOUVEL, *Vers un office renouvelé de la Cour de cassation*, 11 diciembre 2014 (disponible en: [https://www.courdecassation.fr/venements\\_23/colloques\\_formation\\_4/2014\\_4784/renouvele\\_cour\\_31089.html](https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_formation_4/2014_4784/renouvele_cour_31089.html)); «La Cour de cassation...», *Réflexions sur la réforme de la Cour de cassation*, *op. cit.*, marzo 2015, a cuyo entender mientras que el sistema jurídico francés sería un «Derecho de legistas» (*Droit de légistes*), en el cual el juez estaría condenado a aplicar escrupulosamente la ley, el sistema de *common law* sería el «Derecho del juez» (*Droit du juge*), quien, interpretando el Derecho guiado por el sentido común, podría, en nombre de la equidad o la proporcionalidad, adaptar la solución judicial a las circunstancias de cada caso. Por su parte, F. CHÉNÉDÉ, «Contre-révolution...», *Recueil Dalloz*, *op. cit.*, 6 diciembre 2016, pp. 796 y ss., se pregunta irónicamente si la idea que los magistrados franceses se hacen acerca de su función es expresar los dictados del sentido común o llevar la voz popular.

<sup>329</sup> Así, los jueces ingleses no pueden, salvo delegación expresa del legislador, descartar la aplicación de una ley clara y precisa en nombre de la equidad o de otra consideración equivalente. *Vide* J. BELL, «L'équité dans la justice anglaise: perspectives théoriques», *L'équité dans le jugement*, L'Harmattan, 2003, p. 130; citado por F. CHÉNÉDÉ, «Contre-révolution...», *Recueil Dalloz*, *op. cit.*, 6 diciembre 2016, pp. 796 y ss., quien apostilla que los jueces ingleses, como los franceses, deben respetar las leyes votadas por el Parlamento; y los jueces franceses deben, como los ingleses, superar las insuficiencias de aquellas.

<sup>330</sup> En este sentido, *vide* J.F. WEBER, *La Cour...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>331</sup> *Cfr.* CHÉNÉDÉ, «Contre-révolution...», *Recueil Dalloz*, *op. cit.*, 6 diciembre 2016, pp. 796 y ss. Sobre el control de proporcionalidad, *vide* también A. BÉNABENT, «Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné», *Dalloz*, 2016, p. 137.

<sup>332</sup> *Vide* P. CASSIA, «Filtrer l'accès...», *Recueil Dalloz*, *op. cit.*, 2015, pp. 1361 y ss.

<sup>333</sup> Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, el método de examen de los recursos de casación ante el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) es fundamentalmente el mismo en el seno de las salas civiles y penal. Pues bien, D. BOCCON-GIBOD, «Ce qui pourrait changer à la Cour de cassation», *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1107, se pregunta si ello debe continuar siendo así.

ante los jueces del fondo<sup>334</sup>. Pero, si a pesar de tal estabilidad en el número de recursos de casación se considera que la situación actual debe ser mejorada, tendrían que explotarse otras vías alternativas a la limitación del derecho a los recursos en el ámbito casacional por el establecimiento de un filtrado previo de los mismos<sup>335</sup>. Entre ellas la restricción de las actividades exteriores remuneradas (distintas a la enseñanza e investigación) y de tipo académico (congresos o coloquios) desarrolladas por los magistrados de ese órgano jurisdiccional; la instauración de un periodo de preaviso para aquellos que deseen ejercer otras funciones dentro o fuera de la jurisdicción, de manera que el cupo de asuntos que les han sido asignados esté resuelto para el momento de su cambio o salida; la publicación en el Informe Anual (*Rapport Annuel*) de un balance de actividad para cada uno de los miembros del Tribunal de casación (*Cour de cassation*); o la intensificación de la motivación de sus resoluciones, a fin de reforzar el alcance normativo de la solución aportada. El servicio público de la justicia, incluida la casación, está construido no para el confort intelectual o material de sus agentes, sino para responder de manera argumentada e inteligible a todos los usuarios, cualquiera que sea el interés jurídico de sus demandas.

Para terminar, los detractores del proyecto de reforma del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) han llegado a advertir que lo que está en juego no son meras técnicas y fórmulas sobre la motivación, la persuasión, la expresión o la forma, sino un método de pensamiento: el más profundo de la cultura francesa, una determinada manera de concepción del hombre y de comprensión del mundo, la claridad, la razón, la brevedad, la elegancia, la concisión, la sobriedad, el espíritu de la medida y el orden. En otras palabras, aquellos tratan de hacer pública su resistencia a la adopción de un tribunal supremo «a la francesa» o al modo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que reemplace el Tribunal de casación (*Cour de cassation*), con su motivación, su estilo, sus métodos y su función: uno de los símbolos de la cultura francesa<sup>336</sup>. Además, se ha criticado

---

Existen cuestiones que afectan al orden público y a la protección de las libertades de manera infinitamente más intensa en el ámbito penal que en el civil, por muy delicadas y sensibles que sean algunos litigios que están atribuidos a las salas no penales, en las cuales se resuelven la mayoría de las veces conflictos relativos a intereses estrictamente privados.

<sup>334</sup> En el Anexo de este trabajo se acompañan gráficos con los casos presentados y resueltos en el ámbito civil y penal ante el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) en los últimos años (2010-2015). Así, si se tiene en cuenta el total de la actividad (civil y penal), este órgano jurisdiccional tramita anualmente un promedio de treinta mil recursos de casación por los alrededor de cuatro millones de asuntos que se plantean cada año ante los jueces del fondo. Al respecto, J.C. MARIN, procurador general del Tribunal de casación (*procureur général de la Cour de cassation*), cuestiona si un órgano jurisdiccional que emite al año ese número de decisiones puede considerarse un tribunal supremo. Vide O. DUFOUR, «La Cour de cassation en pleine interrogation existentielle», *Gazette du Palais*, núm. 26, 12 julio 2016, pp. 6 y ss., quien matiza que el procedimiento de no-admisión (*procédure de non-admission*) puesto en marcha en 2002 para descartar rápidamente los recursos inadmisibles o no fundados en un motivo serio y aligerar así la carga de trabajo del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) no ha cumplido su objetivo. Y así lo reconocía también BERTRAND LOUVEL, «Réflexions...», *Dalloz Actualité*, op. cit., 25 junio 2015, para justificar el establecimiento de condiciones de admisibilidad de los recursos de casación más estrictos que los relativos a aquel procedimiento, el cual, en sus propias palabras, ha perdido su efectividad original con el paso de los años.

<sup>335</sup> C. JAMIN, «Le fil et la pelote», *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 1641 y ss., se pregunta si, con el eventual establecimiento de tal filtrado en el ámbito del Tribunal de casación (*Cour de cassation*), el tiempo ganado por la disminución del número de recursos de casación resueltos sobre el fondo sería o no superior al aumento de tiempo necesario para analizarlos de manera pluridisciplinar y motivar más ampliamente sus decisiones; y si ello no es reformar demasiado radicalmente a la vista del resultado buscado. Además, critica que se privaría a los justiciables del derecho, reputado fundamental, que tienen hoy día de ver ejercido un control de legalidad sobre las decisiones judiciales que cuestionan. Finalmente, propone como solución la mejora de la calidad de las resoluciones, un incremento de los medios de los órganos jurisdiccionales de primera instancia y hacer que la vía de apelación se centre sobre la correcta aplicación de la ley, según los términos del proyecto «Justice du 21 siècle»; y concluye que no sería solo entonces el funcionamiento interno del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) lo que haría falta reformar, sino la totalidad del sistema judicial.

<sup>336</sup> Cfr. P. MALAURIE, «Le projet de réforme...», *Gazette du Palais*, op. cit., núm. 346, 12 diciembre 2015, pp. 5 y ss., que muestra claramente su preferencia por el Tribunal de casación (*Cour de cassation*) y la cultura francesa arraigada en su larga historia y no desea aquí ninguna intervención legislativa (la cultura legislativa contemporánea ha devenido hoy día brutal y calamitosa). Además, este autor critica a quien estima que la cultura jurídica francesa no ha existido nunca y no existe, así como que la expresión «pensamiento jurídico francés» resulta pretenciosa y lleva al absurdo de concebir que los franceses piensan o han pensado el Derecho de modo diferente a otras gentes (en este sentido, vide J.L. HALPERIN, «L'idée de culture juridique française est-elle au droit comparé?», *Le droit comparé au XXe siècle*, dir. B. FAUVARQUE-COSSON, Société de législation comparée, 2015, p. 160, citado por aquel). Pues bien, frente a ello responde que es suficiente haber participado en conferencias o coloquios internacionales para percibir instantáneamente con la fuerza de la evidencia la diversidad de culturas jurídicas a través del mundo; y que los franceses no piensan, no se expresan y no razonan sobre el Derecho de la misma forma que lo hacen los ingleses, los alemanes, los chinos, los turcos, etc., e inversamente.

la falta de idoneidad del momento actual para una reforma de ese órgano jurisdiccional, en un contexto político y social que reclama que los esfuerzos se canalicen hacia otros ámbitos realmente necesitados de atención<sup>337</sup>. En definitiva, según se desprende de las distintas observaciones, sugerencias y comentarios procedentes de la comunidad jurídica de Francia, parte de los cuales se han tratado de reflejar a lo largo del presente capítulo, existe un profundo debate en este país tanto sobre el alcance de la reforma de ese órgano jurisdiccional como sobre su oportunidad; reforma que se ha reclamado que sea discutida no solamente en el ámbito judicial y académico, sino también en el Parlamento (*Parlement*)<sup>338</sup>. El tiempo dirá si finalmente la reforma planteada prospera y, de ser así, con qué contenido; o queda relegada a la categoría de un mero proyecto.

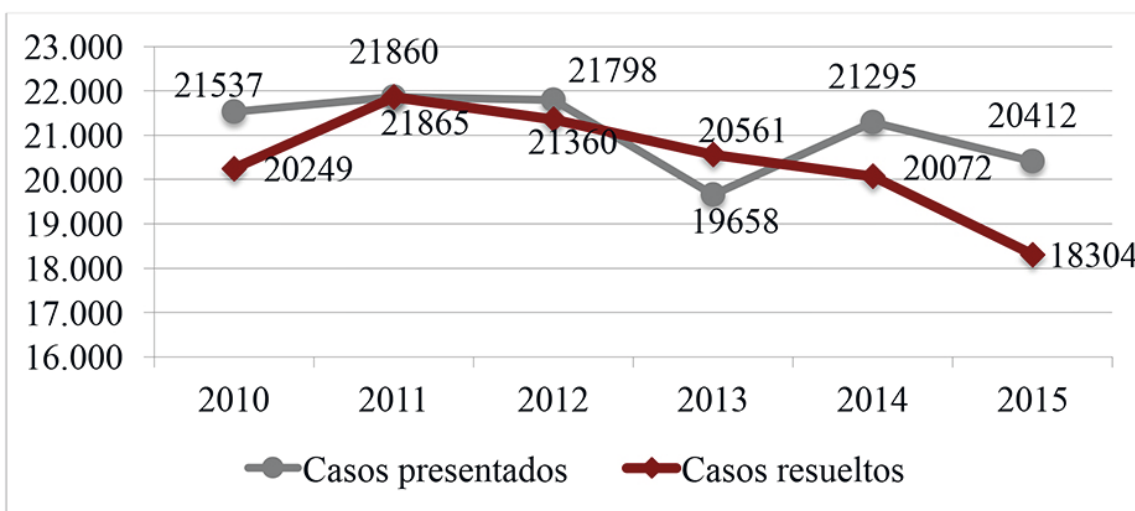
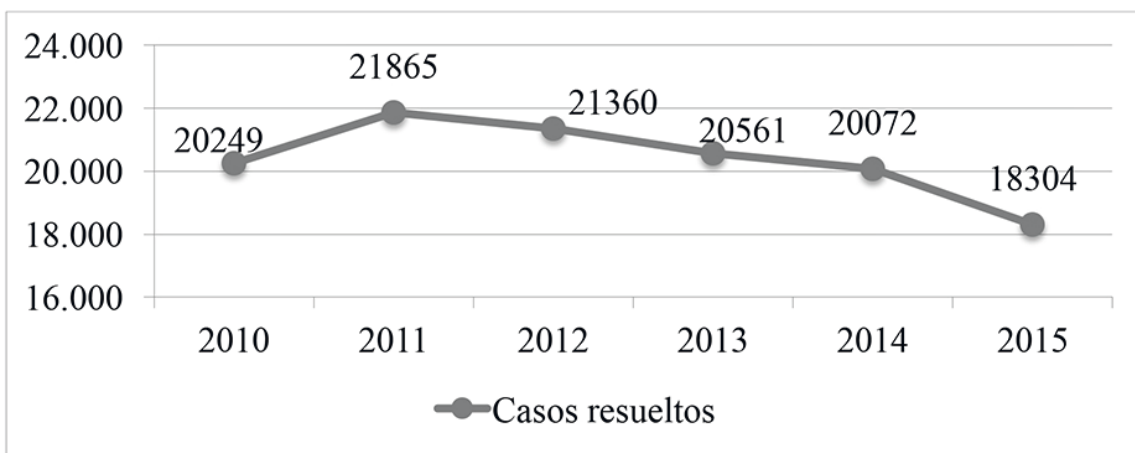
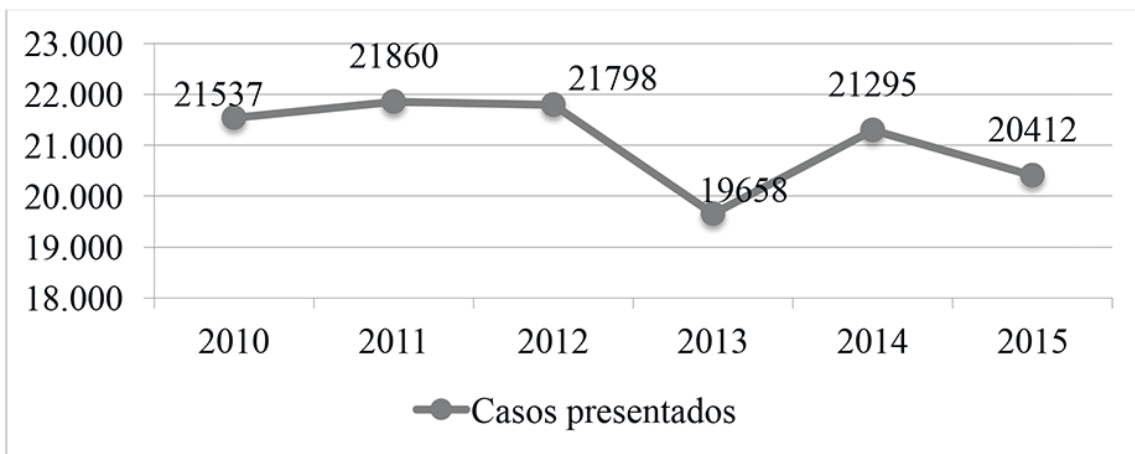
---

<sup>337</sup> En este sentido, *vide* C. FATTACCINI, «L'intensité du contrôle de cassation...», *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 1734 y ss., que afirma que, salvo que se quiera reformar por reformar, no parece que sea el tiempo oportuno para un cambio de sistema, que ha demostrado su eficacia durante más de doscientos años. Asimismo, P. MALAURIE, «Reformer la Cour de cassation...», *Gazette du Palais*, *op. cit.*, núm. 311, 7 noviembre 2015, pp. 12 y ss., considera que hay dos instituciones esenciales de la sociedad francesa –el contrato del Código Civil y el Tribunal de casación (*Cour de cassation*)– que están siendo puestas a prueba, mientras que la nación y el Derecho francés no logran controlar las inmensas, terribles y urgentes crisis contemporáneas (humanas, políticas, sociales, financieras, antropológicas) tales como el desempleo, las migraciones de poblaciones huyendo de los horrores de la guerra, las enormes fisuras en la construcción europea –el fin de la libre circulación de personas, el separatismo y el populismo–, el terrorismo, la inseguridad, el islamismo, las amenazas sobre el euro, etc. *Vide* también P. MALAURIE, «Le projet de réforme...», *Gazette du Palais*, *op. cit.*, núm. 346, 12 diciembre 2015, pp. 5 y ss., quien concluye que no es el momento en el que nuestra cultura está siendo violentamente atacada por la barbarie islamista el oportuno para pisotearla en favor de las culturas extranjeras, por prestigiosas que estas sean. Sobre el alcance de la reforma propuesta en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos, *vide* O. DESHAYES, «La réforme de la Cour de cassation», *Revue des contrats*, núm. 3, 1 septiembre 2016, p. 425.

<sup>338</sup> *Cf.*: F. CHÉNÉDÉ, «Contre-révolution...», *Recueil Dalloz*, *op. cit.*, 6 diciembre 2016, pp. 796 y ss.

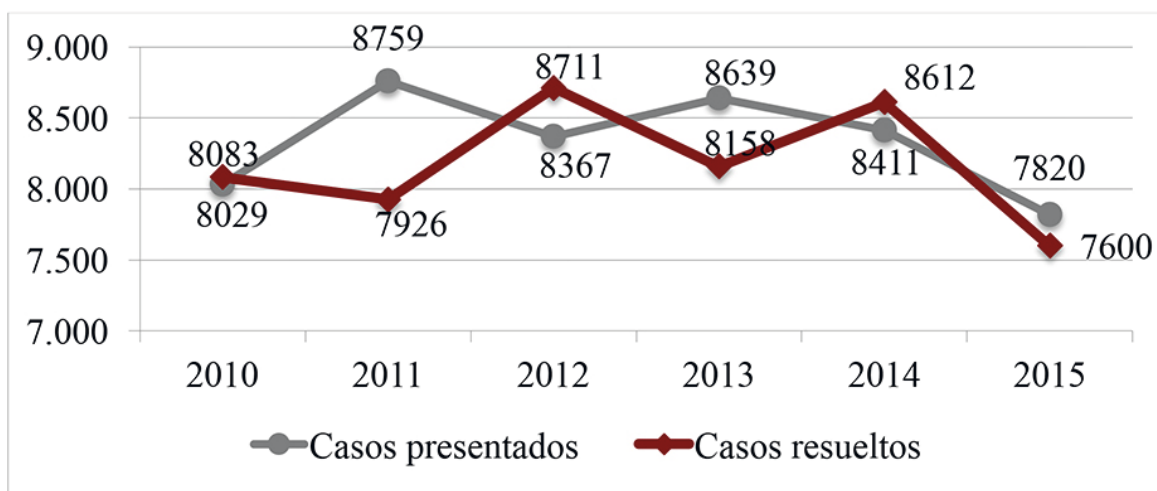
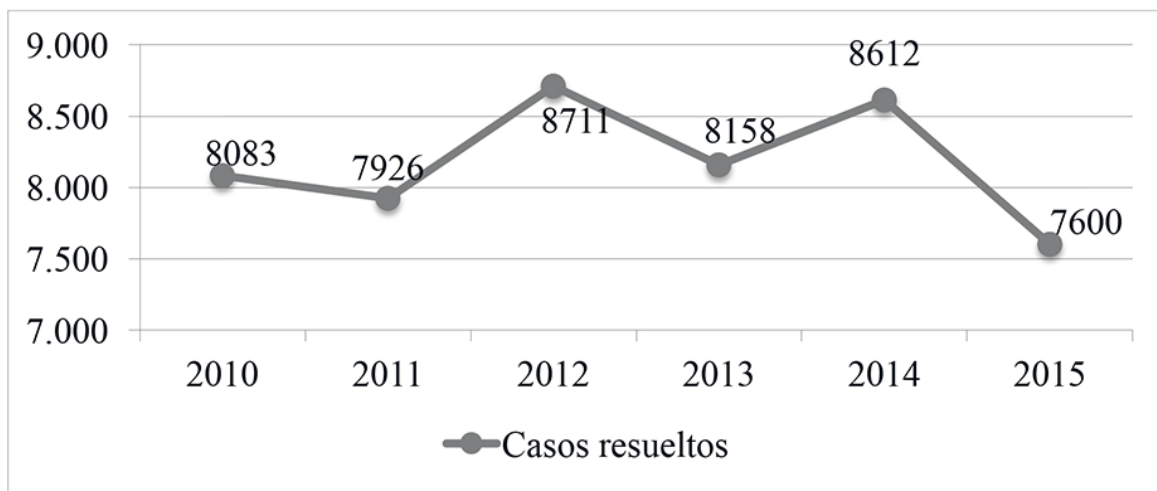
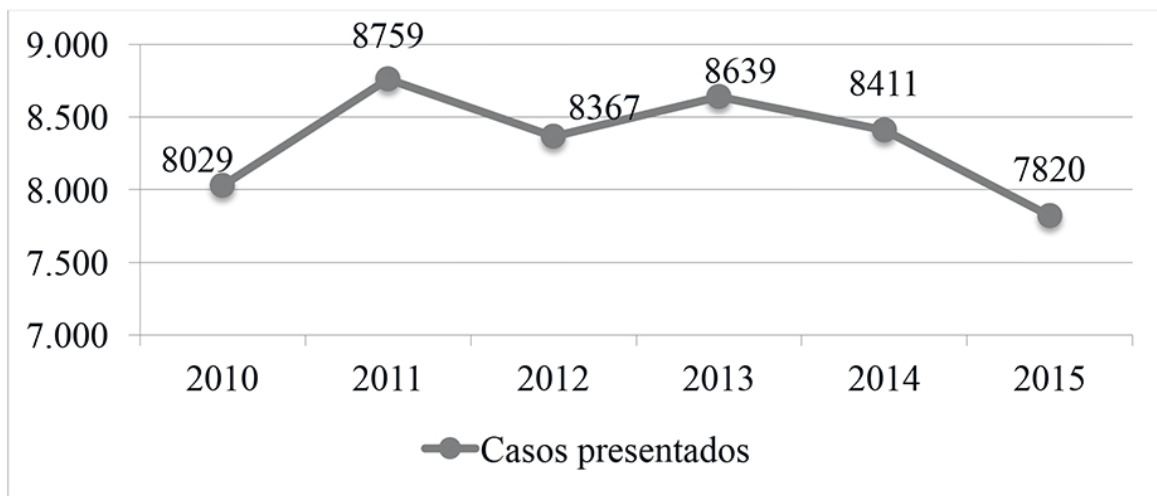
**IV. Anexo: datos estadísticos sobre casos presentados y resueltos (2010-2015)**<sup>339</sup>

**1. Casos presentados y resueltos en el ámbito civil**



<sup>339</sup> Datos obtenidos del informe anual (*rapport annuel*) 2015 del Tribunal de casación (*Cour de cassation*). Disponible en: [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2015\\_7698/](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2015_7698/)

**2. Casos presentados y resueltos en el ámbito penal**



# GLOBALIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN JURÍDICA, *GLOBAL LAW* Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## GLOBALIZATION, LEGAL GLOBALIZATION, *GLOBAL LAW* AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ  
*Profesora Doctora*  
*Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

Recibido: 21.12.2016 / Aceptado: 10.01.2017  
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3619>

**Resumen:** Globalización, Globalización jurídica y *Global Law* son conceptos y fenómenos frecuentes en el discurso jurídico actual. La diversidad y multiplicidad de las definiciones proporcionadas por la doctrina han provocado una confusión conceptual que dificulta precisar los términos del discurso, especialmente entre la teoría del *Global Law* y la de la Globalización jurídica. En este trabajo se tratan las dificultades existentes en torno a la creación de un *Global Law*, especialmente cuando se afirma el desgaste de relevancia del Derecho internacional público en razón de la pérdida del poder del Estado en favor de unos entes supuestamente creadores de un Derecho al margen de aquél. Además, la inevitable conexión entre Derecho y cultura e incluso la creación de esta idea desde el mundo jurídico occidental nos llevan a la conclusión de la inexistencia de un Derecho global. Se trata asimismo, finalmente, la cuestión de la Globalización jurídica en la Unión Europea y en especial respecto a su Derecho internacional privado.

**Palabras clave:** cultura y derecho, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Unión Europea, *Global Law*, globalización jurídica.

**Abstract:** Globalization, legal globalization and Global Law are frequent concepts and phenomena in the current legal discourse. The diversity and the multiplicity of the definitions provided by the scholars have led to a conceptual confusion which arises from the difficulty of specifying the terms of the discourse, especially between the theory of the Global Law and legal globalization. In this work, we study the difficulties surrounding the creation of a Global Law, especially when they argue a down-turn of the public international law based on the loss of the power of the State in favour of a few supposed entities making Law on the fringes of the states. In addition, the inevitable connection between law and culture and even the creation of this idea from the Western legal world lead us to the conclusion of the absence of a Global Law. Finally, we analyze the question of the legal globalization in the European Union and in particular with respect to its private international law.

**Keywords:** culture and law, Private International Law, European Union Law, Global Law, legal globalization.

**Sumario:** I. Introducción: la Globalización, la Globalización jurídica y el Global Law: intentando precisar conceptos. II. La relación entre el Derecho y la cultura en la Globalización jurídica. III. El Derecho internacional privado y la Globalización jurídica. IV. Globalización jurídica: el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional privado. V. Reflexión final.

## I. Introducción: la Globalización, la Globalización jurídica y el Global Law: intentando precisar conceptos

1. Globalización, Globalización jurídica y *Global Law*, son términos frecuentes en el actual discurso jurídico. A menudo se escucha que la Globalización -de la cual existen tantos conceptos como autores y puntos de vista- ha alcanzado inevitablemente al Derecho provocando su Globalización -sin precisar su grado- y así referirse a un *Global Law*, respecto del cual podríamos decir que existen diferentes posturas: las que afirman sin más su existencia, la de quienes lo entienden como fenómeno y la de los que la niegan, a los cuales sumaremos los que lo conciben como una utopía y los que mantienen que se trata de un inexistente creado por la civilización occidental.

2. Tratar en este trabajo las cuestiones a las que el título hace referencia, Globalización, Globalización jurídica y *Global Law*, requiere precisar a qué nos estamos refiriendo tratando de acotar o definir conceptos y realidades, o fenómenos (o, incluso, utopías<sup>1</sup>) y sin pretensión de aportar más confusión conceptual, al menos posicionarnos con alguno de los ya existentes, pues son tantas y tan variadas las definiciones de Globalización que el término deviene equívoco en el discurso general y un tanto parcial a veces. Y es que “definiciones del fenómeno hay tantas como autores se han ocupado del tema”<sup>2</sup>.

3. AL-RODHAN, y STOUDEMANN<sup>3</sup> quienes definen la Globalización<sup>4</sup> como “a process that encompasses the causes, course, and consequences of transnational and transcultural integration of human and non-human activities”, señalan que dada la complejidad del concepto, proyectos de investigación, artículos y discusiones a menudo quedan circunscritas a uno sólo de los aspectos de la misma. Los autores proporcionan en su estudio sobre definiciones de Globalización, ciento catorce diferentes conceptos, de los que sesenta y siete hacen referencia a la dimensión económica, bien a través de la expansión del mercado o la venta de bienes y servicios y otras incluyen aspectos políticos y sociales, lo que para los autores denota que las raíces del concepto se relacionan mejor con el aspecto económico.

4. Incluso por lo que se refiere a su emergencia, ¿cuándo emerge el fenómeno de la Globalización? Igualmente, encontramos varias opiniones divergentes en la doctrina, existiendo quienes, refiriéndose al Derecho, apuntan a aquél como algo anterior, relacionando su extensión con la conquista y la imposición por parte de los imperios español, británico, francés, holandés o portugués que significaron una expansión que ya el mismo Derecho romano había logrado antes. La *lex mercatoria*, ejemplo típico de Derecho globalizado es otro antiguo ejemplo en el tiempo.

5. Realmente la Globalización es un “mundo de cosas” con diferentes velocidades, ejes, puntos de origen y término y variadas relaciones en las diferentes estructuras institucionales de las distintas regiones, naciones o sociedades<sup>5</sup>. Es un fenómeno que afecta de forma distinta a los diferentes ámbitos de la sociedad percibiéndose tanto de forma negativa como positiva, y recibiendo un diferente grado de intensidad en occidente o en oriente. Y antes de adherirnos a alguno de los conceptos ya ofrecidos por

<sup>1</sup> Utilizando la expresión de P. LE GOFF, “No matter how <<global law romantic>> one may wish to be”, en “Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, Issue 1, Article 7, 2007, p. 128.

<sup>2</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. Número 22, 2004, para 2.

<sup>3</sup> N.R.F. AL-RODHAN/G. STOUDEMANN, en “Definitions of Globalization: A Comprehensive Overview and a Proposed Definition”. *Program on the Geopolitical Implications of Globalization and Transnational Security. Geneva center for Security Policy*, GCSP, 2006, disponible en <[http://www.wh.agh.edu.pl/other/materialy/678\\_2015\\_04\\_21\\_22\\_04\\_13\\_Definitions%20of%20Globalization\\_A%20Comprehensive%20Overview%20and%20a%20Proposed%20Definition.pdf](http://www.wh.agh.edu.pl/other/materialy/678_2015_04_21_22_04_13_Definitions%20of%20Globalization_A%20Comprehensive%20Overview%20and%20a%20Proposed%20Definition.pdf)> Último acceso 8 de abril 2016.

<sup>4</sup> El término “Globalización” parece haber sido atribuido a THEODORE LEVITT, sin embargo hay algún estudio sobre la “genealogía de la globalización” que corrige la acuñación del término: así, P. JAMES & M.B. STEGER, “Globalization’: The Career of a Concept”, pp. 417-434, revista *online Globalizations*, Volume 11, Issue 4, 2014, disponible en <<http://dx.doi.org/10.1080/14747731.2014.951186>> Último acceso, 17 de junio 2016.

<sup>5</sup> Dicen AL-RODHAN/STOUDMAN: “Globalization is a ‘world of things’ that have ‘different speeds, axes, points of origin and termination, and varied relationships to institutional structures in different regions, nations, or societies.” *op cit.* p. 7.



la doctrina, indicaremos que la dificultad de señalar cuándo emerge este fenómeno deriva de la posición conceptual que se adopte. A efectos de este trabajo, nos adheriremos al concepto de Globalización ofrecido por McGrew's como "an historical process which engenders a significant shift in the spatial reach of networks and systems of social relations to transcontinental or interregional patterns of human organization, activity and the exercise of power"<sup>6</sup> ya que nos parece un concepto suficientemente amplio para permitirnos señalar desde cuándo, en nuestra opinión, podemos hablar propiamente de este fenómeno, y después de la afectación al área particular del Derecho pues hemos comenzado con la idea de que el *Global Law* emerge desde la Globalización jurídica.

6. Sin la emergencia y popularización de internet y la liberalización de las comunicaciones tanto virtuales como no virtuales, difícilmente podríamos hablar de Globalización. Nos parecen así elementos esenciales de ésta. En consecuencia, y dado que ambos "florecen" en la década de los ochenta y noventa<sup>7</sup>, situamos aquí el punto de arranque del fenómeno que, en su afectación al Derecho, ha provocado el moderno discurso sobre la Globalización jurídica, la cual en definitiva no sería sino la afectación de aquélla al Derecho, a los diferentes ordenamientos jurídicos que pudieran verse alterados o modificados en aras de una mejor adaptación a tal intercomunicación. Más adelante haremos referencia al grado de afectación del Derecho y siempre bajo nuestro parecer señalar los límites que aquél fenómeno de la Globalización pueda tener en nuestra área de conocimiento.

7. Pero tratar de definir el denominado *Global Law* se nos antoja si cabe más complejo ya que aparte del debate mencionado acerca de su existencia o inexistencia, se emplean a veces conceptos como equivalentes otras nociones distintas, como mundialización, internacionalización, o integración, lo que provoca una confusión aún mayor y no está claro si la teoría y la práctica en este campo coinciden en su conceptualización.

8. Ciertamente, tanto en el mundo académico como en el del ejercicio de la abogacía, hallamos departamentos "especializados" en *Global Law*<sup>8</sup>. Prestigiosas instituciones como la *Harvard Law School* cuenta con un *Institute for Global Law and Policy* (IGLP)<sup>9</sup>, o la *Cambridge Press*, con una serie dedicada especialmente a las publicaciones que cubren la materia<sup>10</sup> o colecciones jurídicas como *The Global Law Collection* de la prestigiosa Thompson-Aranzadi o la *Oxford University Press* que además dispone de un blog<sup>11</sup> en el que igualmente la cuestión es tratada, o programas específicos de estudios bajo el título *Global Law* en la universidad de Tilburg, o el *Perelman Centre* de Bruselas y un largo etcétera. En definitiva, un muy amplio debate y doctrina existe en torno a la cuestión general de la Globalización, de la jurídica, y en esta especial del *Global Law*.

9. Un examen detallado del contenido de los departamentos *Global Law* de las firmas de abogados nos reafirma en la confusión a que hacíamos referencia: los prácticos denominan al experto en *Global Law* a aquél que se ha especializado en Derecho internacional o comparado a fin de ofrecer la mejor solución posible a sus clientes, compañías o sociedades principalmente que operan en diversas partes del globo. Cuando menos, esta constatación de la imprecisión en el terreno práctico de lo que signifique el

<sup>6</sup> A. G. MCGREW, "Global Legal Interaction and Present-Day Patterns of Globalization", en V. GESSNER/A. C. BUDAK (EDS.), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law* (Ashgate: Dartmouth Publishing Company, 1998), p. 327, recogido en AL-ROHDAN, N.R.F. "Definitions of Globalization: A Comprehensive Overview and a Proposed Definition, *Program on the Geopolitical Implications of Globalization and Transnational Security*. Geneva Center for Security Policy, 2006, p. 20.

<sup>7</sup> En el estudio de AL-ROHDAN, sobre las definiciones de globalización y en la tabla presentada como resultado de su trabajo, en el orden cronológico apunta como primera, la efectuada en 1974 por I. WALLERSTEIN, *The Modern World System: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century* (New York: Academic Press, 1974), citado en R. J. HOLTON, *Globalization and the Nation-State*, Macmillan Press, London, 1998, p. 11.

<sup>8</sup> Vid. <[https://www.google.nl/search?q=global+law+departments&ie=utf-8&oe=utf-8&gws\\_rd=cr&ei=9cYGV\\_HzI-8PDPNGLm6gF](https://www.google.nl/search?q=global+law+departments&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=9cYGV_HzI-8PDPNGLm6gF)>. Último acceso 2 de mayo 2016.

<sup>9</sup> Vid. <[http://hls.harvard.edu/content/uploads/2015/10/7\\_a\\_IGLP\\_2014-2015\\_web.pdf](http://hls.harvard.edu/content/uploads/2015/10/7_a_IGLP_2014-2015_web.pdf)>. Último acceso 2 mayo 2016.

<sup>10</sup> Vid. <<http://www.cambridge.org/es/academic/subjects/law/comparative-law/series/global-law-series>>.

<sup>11</sup> Vid. <<http://blog.oup.com/category/law-legal/>>, Último acceso 2 de mayo 2016.

*Global Law*, nos conduce a mantener la seria duda de su existencia como tal “Derecho global” a la vez que constatamos la siempre referencia como *link*, a la Globalización.

10. La teoría (o las teorías) sobre el *Global Law* se suelen sustentar en la posible existencia de unas reglas comunes para la sociedad internacional, en cuya conformación intervienen actores globales diferentes de los Estados. El principal problema con el que nos encontramos a menudo, es la falta de mención por parte de la doctrina de pruebas o indicios sólidos acerca de quiénes lo sean, y cuando lo han sido, no nos parecen que sirvan a efectos de aquélla.

11. Apuntábamos arriba que respecto a este fenómeno del *Global Law* hay quienes de una u otra forma más o menos intensa admiten su existencia aunque fuere en un estadio elemental de conformación, así FRYDMAN, o LE GOFF; quienes lo niegan (RIBSTEIN, con quien nos posicionamos), quienes más que sustentar que exista o no, construyen una teoría en favor de la conveniencia de su existencia (DOMINGO OSLÉ) y quienes finalmente parecen hacer confluír Derecho global con Derecho internacional (ZICCARDI).

12. Mantiene RIBSTEIN que el concepto de *Global Law* carece de la precisión y formalidad que uno espera normalmente de un sistema legal clásico, pues queda por precisar cómo se accede a las reglas que lo conforman, dónde están, quién lo determina, cuál es la base jurídica que le convierta en conjunto de reglas internacionales obligatorias o dónde están los tribunales que en su caso hayan de sancionar su incumplimiento<sup>12</sup>.

13. ZICCARDI, tras definir los rasgos actuales de la sociedad o comunidad internacional, e incidir en la redefinición de la soberanía del Estado dados los acontecimientos en el campo de los derechos humanos o medioambientales o del comercio internacional, afirma que la Globalización está alterando también al Derecho, a los procesos de toma de decisiones, la interrelación entre sistemas normativos y subnormativos, con una variedad de centros de poder y órganos de decisión que conducen al desarrollo de regímenes normativos supranacionales y subsistemas, una expansión de órdenes regulatorios globales, especialmente en las áreas económica y social<sup>13</sup>. Y junto a los Estados, la emergencia de fuerzas que emanan de una multiplicidad de actores que toman parte en la gobernanza global y que hacen más complejo el marco legal actual.

14. Esta idea es la que se muestra dominante en el escenario de ideas actual, pero precisa de un detallado examen que nos lleva a concluir personalmente que el Estado sigue ahí, detrás y vigilante de tales acontecimientos, de una forma que puede diferir en cuanto a su más o menos visibilidad, sin perder realmente fuerza en cuanto al Derecho se refiere. A la cuestión relativa al Estado, a las organizaciones internacionales como nuevos actores junto con otros, sociedades multinacionales, etc, haremos referencia más adelante.

15. Utilizando una aproximación descriptiva, más que propiamente un concepto, la autora concluye que la imagen de una tela de araña comunal es lo que mejor representa el sistema legal de la compleja sociedad mutipolar. El *Global Law* es lo suficientemente elástico para integrar elementos heterogéneos de los variados y diferentes órdenes legales en un único marco<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> El autor comienza señalando “As Professor Ribstein understandably pointed out during the Indiana University School of Law symposium, Globalization of the Legal Profession, the concept of global law is rather lacking the precision and formality one would normally expect from a classical legal system, Where does one access the information on the rules and regulations forming the global law? Who determines the contents of global law? Where are the courts sanctioning violations of global law? On what fundamental basis is global law supposed to represent a binding set of international rules? What makes global law an independent legal system?”, en P. LE GOFF, *op. cit.* p. 120.

<sup>13</sup> *Vid.* G. ZICCARDI, “What is Global Law?”, post de fecha 10 de agosto de 2015 en <<http://blog.oup.com/2015/08/what-is-global-law-jurisprudence/>>, Último acceso 2 de mayo 2016.

<sup>14</sup> Literalmente expresa: “The image of a communal spider web best represents the legal system of a complex multi-polar society. Global law is elastic enough to integrate the heterogeneous elements of the various and different legal orders into a unitary framework. ... I like to represent the global legal system as a web made up of filaments (whose properties are resistance, flexibility, and elasticity), arranged in concentric circles linked by threads, evoking the symbolism of weaving”.

16. ¿Deseo o realidad? Tomado tal pensamiento en su conjunto, nos parece incluso que al final se estaría hablando de un nuevo Derecho internacional que habría aceptado nuevos actores como sujetos que, por otra parte y desde hace bastantes décadas, ya habían sido evocados por la doctrina iusinternacionalista como “sujetos de Derecho internacional de naturaleza controvertida” o ya “no controvertida” –como el caso de la Organización de Naciones Unidas, desde el Dictamen de 1949, del Tribunal Internacional de Justicia–.<sup>15</sup> Ciertamente no todas las organizaciones internacionales están reconocidas como sujetos de la disciplina pero el Derecho internacional acepta cuando menos su participación activa en el escenario: existen hoy en el seno de la Organización de las Naciones Unidas unas mil seiscientas ONG’s<sup>16y17</sup>.

17. Frydman<sup>18</sup> en su trabajo sobre una aproximación práctica al *Global Law* parece negar en un primer estadio su existencia, y no sólo se pregunta si existe tal *Global Law*, respondiendo *nothing is less certain* o de si no deberíamos hablar de efectos de la Globalización sobre el Derecho en vez de invocar la existencia de aquél. Afirma además los efectos “destructivos” que la Globalización tiene en las estructuras legales existentes.

18. Sin embargo, más adelante y dejando aparte la teoría moderna del Derecho, del sistema de fuentes, y utilizando un método empírico revela una de las consecuencias del fenómeno Globalización: la del desorden que prevalece a nivel mundial en el campo del Derecho en el que han aparecido los UNO’s (*Unidentified Normative Objects*) de incierto carácter legal pero que producen, o intentan producir efectos regulatorios. Ello, analizando casos habidos en campos especialmente afectados por la Globalización, como el asunto *Yahoo* (internet), *Nike* (Responsabilidad Social Corporativa), *Unocal-Total* (Derechos Humanos) o estándares establecidos en campos, por ejemplo, de las normas ISO, con lo que finalmente el autor viene a afirmar que estos prolegómenos son alentadores en cuanto a la conformación de *Unglobal Law* que se puede empezar a discernir la posibilidad aún vaga de una teoría elemental del Derecho global que no descansará sobre un inventario exhaustivo de fuentes, ni en la construcción de un sistema coherente y completo de normas.

19. Pero en este sentido nos preguntamos si lo acontecido en los casos *Yahoo* o Internet o incluso *Unolocal-Total*, no obedece simplemente a un cambio de posición de actuación por la presión ejercida por el consumidor o por grupos, presión que por mucho que empuje a crear un modelo distinto de actuar está lejos de poderse considerar acto con fuerza normativa. Incluso considerando –en contra de nuestro criterio– que pudieran ser considerados como *soft law*, no existe como observamos en otros ejemplos de “Derecho blando”, que haya ni de lejos un ánimo de ser considerados ley. Simplemente es un cambio de estrategia para no quedar seriamente perjudicados en el mercado. La presión es presión pero no es poder normativo como tal.

20. De una forma similar, manteniendo la esperanza de que en un futuro pudiera existir<sup>19</sup>, LE GOFF sostiene que parece prematuro y “probably arrogant” decir que el Derecho global ha alcanzado el estatus de un sistema legal formal y estructurado, y entiende más prudente hablar de “legal phenomenon”<sup>20</sup> en

<sup>15</sup> *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion*, ICJ Reports 1949. Disponible en <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf)>, Último acceso 2 de mayo 2016.

<sup>16</sup> *Vid.* <<http://www.un.org/es/civilsociety/dpingo/index.shtml>>. Además, *vid.* Resolución de la AGNU, de 27 mayo de 1968 en <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=E/RES/1297%28XLIV%29>>, Último acceso 2 de mayo 2016.

<sup>17</sup> *Vid.* L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, “Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional Público”, y X. PONS RAFELS, “Las Organizaciones no Gubernamentales y el Derecho Internacional: planteamiento de tendencias y problemas actuales”, en V. ABELLÁN HONRUBIA/J. BONET PÉREZ (DIRS.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 21-66.

<sup>18</sup> B. FRYDMAN, “A Pragmatic Approach to Global Law”, en H. MUIR WATT/D. FERNÁNDEZ ARROYO, (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014.

<sup>19</sup> “This does not mean, however, that we will not be there at some point in time”.

<sup>20</sup> Como definición de global law el autor sostiene que se trata de un “multicultural, multinational, and multidisciplinary legal phenomenon finding its roots in international and comparative law and emerging through the international legal practice that was prompted by the globalization of the world economy”.

vez de “legal system”; la noción del *Global Law* se encuentra en sus comienzos (en su infancia, indica literalmente) por lo que termina concluyendo que estamos lejos de hablar de un campo legal codificado y oficialmente reconocido. Invoca, además, que la historia de la “lex mercatoria pone de manifiesto que este concepto sufrió similares críticas en un principio pero hoy ha alcanzado estatus de sistema cuasi legal superando la mayoría de las deficiencias que originalmente se señalaban para demostrar su inexistencia”<sup>21</sup>.

**21.** Efectivamente el fenómeno de la *lex mercatoria* que encuentra su origen antes de la aparición del Estado y que se basa en los usos existentes entre los comerciantes ha servido como ejemplo de reglas globales privadas que han servido para regular el comercio internacional, y que fueron creadas por actores particulares, comerciantes, pero tras el nacimiento de aquel, el Estado, con su papel cada vez más activo en las relaciones comerciales mundiales, ha relegado en buena parte la autonomía de sus protagonistas y en definitiva lo que en su momento significó la *lex mercatoria*, que en cualquier caso lega al Derecho del comercio internacional normas y sistemas de arreglo de controversias en especial el arbitraje que siguen en la actualidad activos, en palabras de F. MORENO, “con la excusa de perseguir ordenamientos perfectos y para la felicidad de los súbditos, el Estado se arrogó el monopolio de la creación del Derecho”<sup>22</sup>. Así, las reglas nacidas con la *lex mercatoria* persisten como sobrevive el arbitraje y han sido fuentes y espejo en la creación del Derecho del comercio internacional, pero ya no con ese carácter autónomo sino, añadimos, bajo la “sombra alargada del Estado”<sup>23</sup>.

**22.** LE GOFF afirma que el *Global Law*, como fenómeno global, está hecho por y para actores globales como resultado de acciones y esfuerzos desplegados y llevados a cabo por multitud de instituciones e individuos que impactan, directa o indirectamente en la escena internacional<sup>24</sup>. Desde lo que no es el Derecho Global (ni comparado ni internacional –público o privado, ni económico internacional ni *lex mercatoria*–), lo define finalmente como un fenómeno (que no constituye un sistema legal y estructurado de normas) multicultural, multinacional y multidisciplinario y evoca que ya el Tribunal para la antigua Yugoslavia expandió las fronteras del Derecho humanitario y del Derecho internacional criminal, el primero que creó un sistema independiente de Derecho y que además ha creado una base judicial y jurisprudencial de datos.

**23.** Pero ni éste ejemplo, ni los mencionados de las Organizaciones Internacionales (Naciones Unidas, Unión Europea, Cámara Internacional de Comercio, Asociaciones Internacionales de Comercio, centros de arbitraje internacionales) y de las firmas de abogados o los departamentos universitarios, nos parecen que sirvan a lo que hemos intentado buscar en la doctrina como indicios –cuando menos– de la existencia del *Global Law*, de la germinación al menos de sus primeros visos.

**24.** Las razones son principalmente que detrás de las Organizaciones Internacionales y añadamos otras mencionadas por otros autores, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM), G8, G20 etc., llegamos a la conclusión de que detrás de todas estas instituciones, son los Estados, los intereses de los Estados los que mueven sus acciones aunque sus actuaciones se inspiren en los intereses de sus grandes multinacionales<sup>25</sup> y así, de que la pérdida de fuerza del Estado es más aparente

<sup>21</sup> Traducción propia. Originalmente dice: “that while this concept underwent similar criticisms when it was first discovered a few decades ago, today it has reached the status of a quasi-legal system and has overcome most of the deficiencies that were originally pointed out to prove its lack of existence”.

<sup>22</sup> F. MORENO, *Lex mercatoria, Derecho de la globalización sin Estado*, en <<http://www.liberalismo.org/articulo/423/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/>>, Último acceso 8 de junio de 2016.

<sup>23</sup> Tomamos esta expresión inspirados en la magnífica obra *La sombra del ciprés es alargada* del escritor vallisoletano MIGUEL DELIBES.

<sup>24</sup> LE GOFF, *op. cit.* p. 130.

<sup>25</sup> Señala J. CARRASCOSA que “Los promotores y constructores de esta idea (= la libre circulación de factores productivos) han sido los mismos Estados y, fundamentalmente, ciertas Organizaciones internacionales -FMI, OMC, UE, NAFTA-, si bien sus movimientos pro-globalización han sido inspirados por los deseos de las grandes multinacionales”. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. Número 22, 2004, para. 9.

que real. No existe una sola organización internacional en la que los Estados hayan cedido en su favor su soberanía. No se cede la soberanía sino el ejercicio de competencias derivadas de tales, y el ejemplo de la Unión Europea es más que ilustrativo. Cuando se habla de las multinacionales y su influencia parece dejarse de lado que se trata de empresas nacionales (una sola nacionalidad) que opera en un amplio campo de la sociedad internacional, -transnacionales en el término usado en el discurso actual- pero que ni tiene poder normativo por sí ni pierde la sujeción al ordenamiento de los Estados.

25. Señala SHAW, apoyado en LAUTERPACHT o VERZIIL, el caso del Sahara occidental del Tribunal de La Haya<sup>26</sup> y del documento *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission, Memorandum of the Secretary-General, 1949*<sup>27</sup> que, apesar de la Globalización y todo lo que ella pueda implicar, los Estados conservan su atracción como el foco principal de la actividad social de la humanidad y, por lo tanto, el Derecho internacional.

26. Añadamos ahora que por el dinamismo y evolución del Derecho internacional, éste ha abierto las puertas a la aparición de nuevos sujetos. La Santa Sede (particularmente en el periodo 1871-1929), los insurgentes y los beligerantes, organizaciones internacionales, compañías privilegiadas y varias otras entidades, como la Sociedad de Naciones, fueron en un momento u otros tratados como entes con capacidad de convertirse en sujetos internacionales<sup>28</sup> y ya hemos comentado que el Derecho internacional, apoyándonos ahora en SHAW o DIEZ DE VELASCO, no se niega a la aceptación de otros sujetos.

27. Ciertamente, cada vez es más frecuente la participación de organizaciones internacionales<sup>29</sup> ONG o incluso los *lobbies* y las sociedades civiles (democratización) en la vida y actividad internacional, pero como decíamos anteriormente una cosa es la presión ejercida por tales grupos o las reglas que entre sí adopten en sus relaciones y otra bien distinta es elevar a las mismas a la categoría de Derecho en la que el Estado ya ha perdido su relevancia. Los ejemplos antes mencionados de Frydman o Le Goff no nos llevan sino a la conclusión de que o bien está detrás el Derecho internacional o bien se trata de conformación de un *soft law* difícilmente alegables ante los tribunales como fundamentos de Derecho, y el Derecho global o nacional o internacional (incluso los laudos arbitrales) necesitan más pronto o más tarde de una instancia judicial que les provea de la fuerza que el Derecho necesita. Pero hablar de Global Law requiere ir más allá del mero aspecto económico:

28. Dentro de la doctrina española, queremos destacar la gran obra de DOMINGO<sup>30</sup> (con el que discordamos en gran parte) que afirma que el Derecho de Gentes, el Derecho Internacional y el Global –aunque incipiente– forman parte de una misma familia que comparten principios comunes<sup>31</sup>, pero que asistimos a una agonía del Derecho internacional y del Estado<sup>32</sup>, afirmando que aquél es principalmente un Derecho entre Estados en que la persona ocupa lugar secundario<sup>33</sup>, cuestión que podemos poner en

<sup>26</sup> *Western Sahara case*, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 39; 59 ILR, pp. 30, 56.

<sup>27</sup> International Law Commission, *Memorandum of the Secretary-General, 1949*, A/CN.4/1/Rev.1, p. 24.

<sup>28</sup> M. SHAW, *International Law*, 6ª ed. Cambridge University Press. 2008, p. 197; M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 14ª ed. 2004, ed. Tecnos, Madrid, p. 241.

<sup>29</sup> Las Organizaciones intergubernamentales que han recibido una invitación permanente para participar en calidad de observadoras en los períodos de sesiones y en los trabajos de la Asamblea General y que mantienen oficinas permanentes de observación en la Sede de las Naciones Unidas, son las que se encuentran en la siguiente página web: <<http://www.un.org/es/members/intergovorg.shtml>>. Último acceso 2 de mayo 2016. Sobre la UE, ver la Resolución 65/276, aprobada el 3 de mayo de 2011, disponible en <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/65/276&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/276&Lang=S)>. Además con fecha 3 de abril de 2007, las Comunidades Europeas se convirtieron en el miembro 66 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. (HCCH). Como señala Schulz, “This event marks the beginning of a new third phase in the 114-year-long history of the HCCH and a new era in the cooperation between the two organizations”. *Vid.* A. SCHULZ, “Current Developments II. The Accession of The European Community to The Hague Conference On Private International Law”. *International and Comparative Law Quarterly* 939-949.

<sup>30</sup> R. DOMINGO OSLE, *¿Qué es el Derecho Global?*, 2 ed. The Global Law Collection. Thompson Aranzadi, 2008.

<sup>31</sup> R. DOMINGO OSLE, *Cfr.* p. 21.

<sup>32</sup> *Cfr.* p. 111.

<sup>33</sup> *Cfr.* p. 109.

juicio toda vez que uno de los grandes logros –precisamente del Derecho internacional– son los textos de derechos humanos o el cuerpo que conforma el Derecho humanitario en los que las personas aunque no sujetos, son objeto principal. Afirma que si bien se reconoce a las Organizaciones Internacionales cierta capacidad jurídica es, en todo caso limitada y no se les concede la denominación estricta de sujetos de Derecho internacional<sup>34</sup>, cuestión en la que discrepamos –ya lo hemos dejado señalado– o respecto a la que habría que puntualizar mucho más. “La Globalización instaaura un mundo sin fronteras”, alega, que no acepta el dogma de la territorialidad<sup>35</sup>, ni de la soberanía de los Estados. El Derecho Internacional es a soberanía lo que Derecho Global es a dignidad<sup>36</sup> y el actual Derecho Internacional, que se “ha olvidado que la tierra es de todos”<sup>37</sup>, ha sido incapaz de resolver los problemas y debe dejar paso al Derecho global que gira en torno a la persona: volvemos, así, al mismo argumento acerca del gran logro del Derecho Internacional en cuanto al Derecho humanitario y los cuerpos de derechos humanos, y si (aún) la persona no puede ser considerado como sujeto, desde luego si es objeto del mismo, repetimos.

**29.** Que el tránsito a realizar desde el Derecho internacional al Derecho global sea mediante tratados internacionales en los que los Estados renuncien expresamente a su soberanía en beneficio de entidades no estatales es algo a todas luces impensable. Quizás lo que más nos llame la atención en su obra es el diseño realizado, desde la disolución y cesión de sus derechos a una nueva organización mundial que nace del deseo del humano en reorganizarse en una comunidad global<sup>38</sup> y sin un cuartel general en los EEUU, aunque más adelante suavice su posición hacia transformación de las Naciones Unidas, en una *Humanidad Unida*, con un Parlamento Global diseñado en base a un voto por Estado más otro por cada 20 millones de habitantes con un límite máximo de 25 escaños, límite necesario para compensar el hecho de que sumada la población china a la india suman 2.300 millones por lo que quedaría descompensado, lo que sorprende ya que si hablamos de comunidad global, de un Derecho global, no cabría realizar este tipo de distinciones puesto que el propio concepto de persona, independiente de su nacionalidad, quedaría dañado. Y ello, con un Tribunal Global<sup>39</sup>.

**30.** No podemos adherirnos a la idea de que el comercio internacional y la Globalización han hecho “saltar por los aires” las estructuras jurisdiccionales de los Estados que al romperse necesita (el *Global Law*) del arbitraje como herramienta insustituible en el proceso de juridificación de la Globalización así como de otros medios de resolución alternativa de disputas<sup>40</sup>. Ciertamente el arbitraje como medio alternativo es mucho más antiguo que la Globalización actual pero si bien se muestra eficaz en cierto sector, como el del comercio, no ha conseguido desplazar ni romper el tradicional esquema judicial, siendo su ámbito de aplicación material demasiado restringido como para erigirse en ejemplo en el Derecho global. Y la Convención de Nueva York 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras “pistoletazo de salida de una carrera que no ha hecho más que empezar”<sup>41</sup> no ha sido sino el fruto de voluntades acordadas por los Estados. La Convención está abierta a la adhesión de todo Estado Miembro de las Naciones Unidas, y de cualquier otro Estado que sea miembro de cualquier organismo especializado de las Naciones Unidas, o que sea Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículos VIII y IX) y es fruto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

**31.** A pesar de la discordancia que mantenemos con el autor, encontramos que se trata de quien quizás más haya profundizado en la cuestión del Derecho Global y haya concretado así lo que

<sup>34</sup> Cfr: p. 110. Al respecto debe considerarse que por la propia dinamicidad del derecho internacional, las OOH han emergido como sujetos indiscutidos de derechos internacional.

<sup>35</sup> Cfr: p. 115.

<sup>36</sup> Cfr: p. 142.

<sup>37</sup> Cfr: pp. 126 y 176.

<sup>38</sup> Cfr: p. 139.

<sup>39</sup> Vid. descripción en p. 172.

<sup>40</sup> Cfr: p. 150.

<sup>41</sup> Cfr: p. 150.

debiera ser (no lo que hoy es, si es que es): un supraordenamiento de principios<sup>42</sup>: de justicia racionalidad y coerción, universalidad, solidaridad, subsidiariedad y horizontalidad<sup>43</sup>. Nos parece que el Derecho global –que debiera cubrir todo aspecto de la relación humana, si es que quiere ser global– pasaría indefectiblemente por una regeneración de la especie humana que a lo largo de su existencia no ha mostrado sino la incapacidad de entendimiento sin reglas coercitivas, aunque nos parezca un ideal, pero imposible de alcanzar.

**32.** Y finalizando este apartado, más allá del debate entre su existencia aunque fuere en un estadio de infancia o su inexistencia, se nos antoja necesario preguntarnos ¿es preciso el *Global Law*? Nuestra respuesta es negativa: el Derecho internacional ha demostrado que con sus defectos y sus virtudes es el mejor instrumento para el entendimiento en la comunidad internacional. Su dinamicidad, su carácter no estático ha mostrado su aceptación como sujetos de otros actores y como objeto ha puesto al hombre: los textos de derechos humanos o de los pueblos, tomando los comunes a todos los textos internacionales y regionales, y el Derecho humanitario son una buena muestra de ello y son obra de los Estados y de organizaciones internacionales sujetos de Derecho internacional, como la ONU.

**33.** No está de más ahora resaltar que quizás también debiéramos preguntarnos si este fenómeno de la Globalización –dados los acontecimientos sociales y políticos de las últimas décadas– sigue su expansión. En el *Index of Globalisation* del *KOF Swiss Economic Institute*, muestra que por primera vez desde 1980 hay un declive de este fenómeno que especialmente se hace patente desde 2007. Una interpretación de la causa no es una menos actividad económica o el efecto de la crisis del 2008, sino que se basa en razones psicológicas<sup>44</sup>.

## II. La relación entre el derecho y la cultura en la globalización jurídica

**34.** Una de las razones por la que mantenemos como criterio personal la dificultad de configurar un *Global Law* deriva de la estrecha e imposible desconexión entre Derecho y cultura.

**35.** Derecho y cultura son en nuestra opinión realidades inseparables. No obviamos las dificultades que existen también a la hora de establecer un concepto de cultura<sup>45</sup>, pero advertimos que entendemos por tal el conjunto de valores, que imperan en un grupo determinado. C. PADRÓS REIG afirma que cultura, sociedad y Derecho son conceptos que se retroalimentan mutuamente<sup>46</sup>. J. HURSCHEL, realiza una buena exposición de esta idea compartida por otros autores como ROSENQUE, claramente estatuye que separar Derecho de cultura no tiene sentido<sup>47</sup>, o como BORDIEU que afirma que son inseparables porque una encuentra en la otra su verdadero significado de tal manera que la ley crea cultura y la cultura, ley. La iurisgénesis tiene siempre lugar en un medio esencialmente cultural<sup>48</sup>.

**36.** Cuando apuntábamos arriba la idea de que uno de los puntos alegados como origen de la Globalización es la expansión de los imperios romano, español, británico, portugués, francés u holandés,

<sup>42</sup> *Cfr.* p. 183.

<sup>43</sup> *Cfr.* p. 187 y ss.

<sup>44</sup> K. DEBEUF, “Tribalisation, or the end of globalization”, en <<https://euobserver.com/opinion/131413>> .Último acceso 2 de mayo 2016.

<sup>45</sup> Decía U. CAMPAGNOLO que uno de los signos mas claros de que una sociedad está en crisis profunda es la falta de acuerdo sobre el significado de las palabras en U. CAMPAGNOLO, *Petit Dictionnaire pour une politique de la culture*, Ed. de la Baconnière, Neuchatel, 1969.

<sup>46</sup> C. PADRÓS REIG, *Derecho y cultura: prontuario elemental para estudiantes de Humanidades*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 75, tomado de M. LÓPEZ HURTADO/FJ. VALENTIN RUIZ, “Derecho y cultura: en torno a una definición y nexos de unión entre ambos conceptos” en *Cultura y Derecho*, nº 1/2011, Disponible en <[http://eprints.ucm.es/16027/1/Derecho\\_y\\_cultura.pdf](http://eprints.ucm.es/16027/1/Derecho_y_cultura.pdf)> Último acceso, 28 de abril de 2016.

<sup>47</sup> J. HURSCHEL, “The Role of Culture in the Creation of Islamic Law,” *Indiana Law Journal*: Vol. 84, Issue 4, Article 11, 2009.

<sup>48</sup> J. HURSCHEL, *cit.*, p. 4.

también comprobamos que tal expansión política y cultural estuvo lejos de ser aséptica y siempre fue acompañada del Derecho<sup>49</sup>.

**37.** Creemos así, que sólo con una Globalización cultural podríamos alcanzar una Globalización jurídica. Y la verdadera influencia de la Globalización sobre la cultura es dudosa. Siguiendo a K.D. BROWN, la Globalización requiere algo más que lo que une físicamente el mundo, precisa de entendimientos culturales<sup>50</sup>. Parte del proceso de la Globalización es la necesidad de desarrollar una cultura que, de alguna manera amplia, pueda trascender diversos orígenes económicos, étnicos, políticos, raciales y religiosos.

**38.** Entendemos que es aquí donde nos encontramos en la práctica la mayor dificultad. Creemos que los valores fundamentales de las sociedades occidentales, especialmente tal como se realiza en una cultura que coloca su principal preocupación sobre los derechos de la persona, están en conflicto con los valores centrales de muchos países en desarrollo y que son éstos los que se deben acomodar a aquéllos. La emergencia y conformación del Derecho de las comunidades indígenas se basan, por ejemplo, en un concepto de proteger el medio de vida de los grupos étnicos, raciales, religiosos, o aquellos que comparten un común lenguaje, no los individuos. Y en este sentido sigue BROWN aduciendo que este conflicto puede observarse en diferentes conceptos de la epistemología, la moral y los valores sociales. Sin embargo, en ninguna parte es este conflicto más visible que en el ámbito del concepto de la persona contenida dentro de estos amplios sistemas de ideas. Tratar a los individuos como miembros de grupos culturales es tratarlos como un producto de un sistema de creencias.

**39.** Otro claro exponente es el trabajo de DAE-KYU YOON, quien observa que incluso a pesar de su implantación, las leyes occidentales adoptadas en Corea, no funcionan tal como lo hacen en Europa Occidental, simplemente porque Corea carece del trasfondo o matriz cultural que produjo el Derecho Occidental<sup>51</sup>. El Derecho y las instituciones no son variables independientes que existen aparte de la cultura; el Derecho es una variable cercanamente relacionada con la cultura. Por lo tanto, puede decirse que ninguna ley tomada de prestado puede hacerse funcionar en un contexto extraño.

**40.** No negamos que el fenómeno de la Globalización mundial, en tanto acerca los diferentes escenarios de la sociedad pueda conducir a una flexibilización de ciertas normas jurídicas, en otras palabras que determinados Derechos absorban, tomen a veces de otros, ciertas categorías jurídicas, pero sin perder su esencia o personalidad. Y un dato relevante será el grado de rigidez o flexibilidad del mismo para, no ya adaptarse sino puramente tomarlas sin cambiarsubstancialmente su *esencia o su carácter*.

---

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión, la literatura es amplia. Aparte de los ya citados, *vid.* E. JOUANNET, “French and American Perspectives on International Law: Legal Cultures And International Law”: artículo basado en la presentación habida en la Harvard Law School en el marco del Coloquio “Comparative Visions of Global Public Order,” en el mes de mayo de 2005, organizado por la Harvard Law Review y David Kennedy, Director del European Law Research Center, publicado en *Maine Law Review*, Vol. 58, pp 1-45; T. DUVE/H. PIHLAJAMAKI (Eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law*, Max Planck Institute for European Legal History, 2005; N. MEZEY, “Law as a Culture” en *The Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 13, pp. 35-67, disponible en <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/317>>. Último acceso 2 de mayo 2016.

<sup>50</sup> K.D. BROWN, “Globalization and cultural conflict in Developing countries: The South African Example”, *Indiana Law Journal*, Vol 7, Issue I, 1999. Dice el autor: “Globalization requires more than physically linking the world. For it to continue apace, there must also be a set of shared cultural understandings. Part of the process of globalization is the need to develop a culture that, in some broad way, can transcend diverse economic, ethnic, political, racial, and religious backgrounds. Such a global culture will have to be one that either seeks to transcend normal affinities for one’s own cultural group or undermine them. This process of producing a global culture will not occur without difficulty and conflict, especially for developing nations. The core values of Western societies, especially as embodied in a culture that places its primary concern on the rights of the individual, are in conflict with the core values of many developing countries. Many cultures in developing countries are based on a concept of protecting the livelihood of ethnic, racial, religious groups, or those who share a common language-not individuals. This conflict can be noted in differing concepts of epistemology, morality, and social values. But, nowhere is *this conflict* more visible than at the level of the concept of the individual contained within these broad systems of ideas. To view individuals as members of cultural groups is to view the individual as a product of a system of beliefs”.

<sup>51</sup> Y. DAE-KYU, “La tradición jurídica coreana y su influencia en el derecho contemporáneo”, *Revista de Relaciones Internacionales*, Vol. 7, n.º. 14, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1998.



41. Pero desde antiguo, las culturas han sido muchas, variadas, diversas, como los Estados, como la aparición de nuevas ramas del Derecho a los que la propia evolución tecnológica atiende (Derecho espacial o medioambiental o de internet).

42. Hoy atendemos a una radicalización cultural que influye, más que las nuevas tecnologías o la economía, en el Derecho, en tanto conjunto de normas que regulan la conducta con un propósito determinado, el orden. Cuando se ofrece como modelo el Derecho penal internacional, a veces no se tiene en cuenta sus limitaciones o cuando se ofrece el de los derechos humanos se obvia que existen textos regionales que bajo el nombre de tal, imponen ciertas restricciones injustificadas a los propios derechos y libertades de las personas, o simplemente, carecen de tales textos debido precisamente a los valores predominantes (grupo *vs* individuo).

43. Insistimos en la idea de que no podrá haber Derecho global en tanto las culturas diverjan, en que no puede existir un Derecho global allá donde los sujetos a los que el Derecho va dirigido son tan diferentes en sus culturas. Frente al “deseo” de la existencia de un Derecho común<sup>52</sup>, la radicalización de posturas ideológicas y políticas se reflejan en el Derecho.

44. El *Global Law* –como mucho– podría quedarse en un mero Derecho regional, en normas y principios comunes para culturas similares. En nuestro campo de conocimiento, el mismo concepto de orden público que opera como límite a la aplicación de una ley extranjera difiere de la cultura occidental a la islámica o asiática. Y en el campo que a menudo se evoca como ejemplo de Derecho global, los derechos humanos, encontramos similar enfrentamiento; así la falta de una carta asiática de derechos humanos o la Carta de El Cairo.

45. No le falta razón a HUNTINGTON, cuando afirma que la Coca-colonización no es culturización. Oriente no ha abandonado sus valores, instituciones y costumbres tradicionales y adoptan los que predominan en Occidente. Ello puede trasladarse al campo del Derecho. Creemos un verdadero problema es el de tratar la cuestión de la Globalización jurídica y del *Global Law* desde una perspectiva occidental. Como señala el autor americano, la esencia de la cultura occidental es la Carta Magna, no el *Big Mac*.

46. La perspectiva occidental que ha venido imbuyendo el espíritu de los más importantes textos de derechos humanos, es puesta en entredicho, por ejemplo cuando hablamos de determinados colectivos (comunidades indígenas) para los que las creencias o religión no pueden entenderse según el *western point of view*, observación que hallamos también en la doctrina africana<sup>53</sup>, o cuando tratamos de entender, pasando por los *asiatic values*, la razón de la inexistencia de textos regionales en aquél área asimilables al africano, americano o europeo. “Los valores europeos son valores europeos; los valores asiáticos son valores universales”. A medida que las civilizaciones asiática y musulmana empiecen a afirmar la relevancia universal de sus culturas, los occidentales acabarán percatándose de la conexión entre universalismo e imperialismo y viendo las virtudes del mundo pluralista<sup>54</sup>.

### III. El Derecho internacional privado y la globalización jurídica

47. Al tratar la cuestión concreta “Globalización-Derecho internacional privado” no deja de percibirse en buena parte de la doctrina una suerte de pesimismo que cuando menos sorprende, al encontrar

<sup>52</sup> R. DOMINGO OSLE, *cit.*

<sup>53</sup> Como ejemplo, aunque desde luego no es el único, véase C. MAPAURE, “Reinvigorating African values for SADC: The relevance of traditional African philosophy of law in a globalising world of competing perspectives”, *SADC Law Journal*, Volume 1, University of Namibia, 2011, pp. 149-173.

<sup>54</sup> S. HUNTINGTON, “Occidente único, no universal”, *Revista de Política Exterior*, núm 35, Madrid, 1997, disponible en <<http://www.politicaexterior.com/articulos/politica-exterior/occidente-unico-no-universal/?added-to-cart=26433>>. Último acceso 2 de mayo 2016.

afirmaciones tales como *la poca discusión habida –en la propia doctrina– en cuanto a tal relación entre Globalización y Derecho Internacional Privado*<sup>55</sup> bien por la *escasa contribución al debate sobre la gobernanza global*<sup>56</sup>, o el carácter apolítico señalado por Story cuando acuña el término<sup>57</sup>, que pudiera ser razón por la que doctrina iusprivatista internacional no percibe la necesidad de adaptar la disciplina a los nuevos paradigmas de la Globalización.

48. Ciertamente es así como se perciben pocos cambios en nuestro campo de estudio<sup>58</sup> que *debería estar mejor preparado que otras disciplinas a los retos de la europeización y Globalización*. Así, *los clásicos del Derecho internacional privado sorprendentemente aportan poco a tales retos*, proponiendo la unificación a efectos de evitar conflictos de leyes restringiendo la disciplina a aquellas áreas donde la unificación parece imposible<sup>59</sup>.

49. Sin embargo, podría argumentarse de contrario, que precisamente por su condición de “internacionalistas” y porque son quien mejor conocen la problemática que suscita la aplicación de las normas de conflicto en especial, proponen aquello. Por otra parte, no puede obviarse que el Derecho privado toca materias sensibles y de difícil armonización donde el carácter cultural del Derecho se manifiesta con claridad y que su carácter eminentemente estatal puede parecer “contrario” a la conformación de un Derecho global.

50. En cualquier caso, tratar la influencia de la Globalización sobre nuestra materia, y comprobar si el Derecho internacional privado ha reaccionado y si lo ha hecho positivamente o no a los retos de la Globalización, requiere también marcar el punto de partida en el tiempo de la Globalización y a partir de ahí, observar su adaptación o inmutabilidad. Tratar la cuestión de la influencia de la Globalización jurídica respecto de nuestra disciplina tomando como referencia a SAVIGNY, STORY, o MANCINI, nos parece que podrá contribuir a comprobar la evolución de la disciplina desde el tiempo de sus fundadores, pero no ayudará a la tarea que nos proponemos. Y es que, en la doctrina, la cuestión de la evolución del Estado en su papel preponderante en la conformación del Derecho Internacional Privado (DIPr.), es re-evocada...

51. Tomamos, siendo consecuentes con lo expuesto al principio de este trabajo, la década en que LEWIT invoca este fenómeno, los ochenta y la popularización de la *world wide web* en la de los noventa.

52. El Derecho Internacional Privado no es Derecho internacional propiamente hablando. Casi sería más apropiada en estos momentos tomar la denominación Derecho privado internacional, es fundamentalmente y sigue siendo una rama de Derecho estatal; es éste, el Estado, el que por diferentes motivos de política legislativa ordena su competencia, señala el Derecho a aplicar al fondo del asunto o cuándo una decisión nacida fuera de su soberanía podrá desplegar efectos. Y nos parece que aún esto es incuestionable. La esencia del Derecho Internacional Privado es la de solventar problemas relativos a los conflictos de leyes y alcanzar una armonización de soluciones.

---

<sup>55</sup> J. BASEDOW, *Legal Aspects of Globalization, Conflicts of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000, p. 1.

<sup>56</sup> H. MUIR WATT, “The Relevance of PIL to the Global Governance Debate”, p. 1, en H. MUIR WATT/D. FERNÁNDEZ ARROYO, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2014.

<sup>57</sup> *While the name “private international law” was imported to Europe through Foelix and Schaeffner and became dominant (Internationales Privatrecht, Diritto internazionale privato, droit international privé, derecho internacional privado), in the common law world and most notably in the United States the name is still usually “conflict of laws”*. Vid. ZITELMANN, “Der Name IPR”, *Zeitschrift für internationales Recht*, 27, 1918, pp. 177-196 (tomado de R. MICHAELS, *cit. en pie de página* 22).

<sup>58</sup> Dice CLERC: “como muy bien lo señalara De Miguel Asensio (2001), el interés suscitado por el Derecho Internacional Privado (DIP) resulta sensiblemente menor en este dominio que en el frecuentado y asiduo Derecho Internacional Público, relegando a aquel a un lugar alternativo. Prueba de ello lo aportan los caudales bibliográficos y los repositorios documentales; profusos para este último y comparativamente exiguos para el primero”. C. CLERC, “El Derecho Internacional Privado y los Procesos Globalizadores”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16, 32, pp. 15-30, Bogotá, 2013, disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87629921002>>, Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>59</sup> Vid. R. MICHAELS, *Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law, and the Challenge of Europeanization and Globalization*, Duke Law School Legal Studies Research Paper Series, Research Paper, n° 74, septiembre 2005.

53. Esta índole estatal imprime un determinado carácter a cada uno de los Derecho Internacional Privado de los diferentes Estados de la comunidad internacional. Y cuando hablamos de carácter hacemos referencia a que el Estado, al conformar y dirigir sus normas a unos ciudadanos particulares lo hace según una cultura que le es propia y que le sirve como rasgo distintivo.

54. Derecho y cultura van, como ya dijimos antes, unidos y es en las diferencias entre las existentes en la sociedad donde encontramos el límite a la Globalización jurídica. La rigidez o flexibilidad de cada ordenamiento jurídico será obstáculo o no para su acomodación al fenómeno de lo global, afectándose o no por el Derecho extranjero (calificación, orden público), adoptando puntos de conexión más acordes con la multiculturalidad (nacionalidad-residencia habitual) o admita (reenvío) con facilidad la aplicación de un sistema extranjero para resolver una situación interna<sup>60</sup>.

55. Señala OLUSOJI, que el nexa entre el Derecho internacional privado y la Globalización se refiere a la capacidad de respuesta de una interdependencia relativa de los sistemas legales. Cada sistema de Derecho internacional privado potencialmente tiene un ámbito geográfico global, revelando una respuesta jurídica variable a la omnipresencia de la Globalización. Hay que poner de manifiesto también que en cualquier caso, el Derecho internacional privado no agota sus efectos dentro de las fronteras del Estado. Parafraseando de nuevo al gran escritor DELIBES, “la sombra del Estado es alargada” y ello se muestra evidente en algunos ordenamientos jurídicos que aplican el punto de conexión de la nacionalidad en casos incluso en que nos parecería más acorde con la justicia tomar el de la residencia habitual, especialmente en los supuestos en que el ciudadano que fuere se ha instalado fuertemente en otro Estado donde realmente tiene el centro de vida e intereses.

56. Creemos que la misma existencia de un Derecho internacional privado –a excepción del configurado en tratados internacionales o el ya armonizado mediante otros instrumentos jurídicos (reglamentos por ejemplo en el caso de la Unión Europea)– es una de las razones principales que debemos tener en cuenta para sopesar, más negativa que positivamente, si nuestra rama contribuye a la creación de un posible Derecho global regional.

57. Trataremos de estudiar seguidamente la posible influencia de la Globalización jurídica “regional” sobre nuestra materia, aunque devendría pretencioso ante la gran cantidad de ordenamientos presentes en la comunidad internacional. De ahí que nos ciñamos a ofrecer primero unos rasgos generales para detenernos algo más en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. Ello, por diversas razones: 1) porque se configura en cuanto al tiempo de una forma cercana a la emergencia del fenómeno actual de la Globalización, 2) se trata de un Derecho reciente, por lo que en teoría pudiera atender mejor a la necesaria flexibilidad y adaptabilidad al fenómeno de la Globalización y finalmente, 3) porque de otro lado el grado de inmigración en el marco en que nace y desarrolla es el más alto en la comunidad internacional<sup>61</sup>.

#### IV. Globalización jurídica, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado

58. En principio recordemos, y así lo apuntábamos, el fenómeno de la uniformización o armonización de las normas en la Unión Europea, escapa con mucho al fenómeno de la Globalización

<sup>60</sup> Dice R. MICHAELS: “Dicey, one of its most important later propagators, writes: “[T]he courts, e.g. of England, never in strictness enforce foreign law; when they are said to do so, they enforce not foreign laws, but rights acquired under foreign laws.” The theory gains even more popularity in the United States, where it enters into the Restatement through its propagator Beale<sup>75</sup>– before being debunked by legal realism. In Europe, this debunking has already taken place when Savigny writes his 1849 treatise on private international law. In 1814/1/42, Carl Georg von Wächter has rejected the theory on two grounds. First it is circular: the judge cannot determine whether a right has been acquired under a foreign law without applying that foreign law, yet whether that law is applicable is exactly what the process should establish. Second, the argument is inconclusive: only the state that has granted a right can be held obliged to enforce it, that state cannot impose an obligation on other state to enforce rights “vested” under its law. R. MICHAELS, “Globalizing Savigny?” *op. cit.* p. 14.

<sup>61</sup> Cfr: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimatestotal.shtml>>, Último acceso, 23 de junio 2016.

aunque aparentemente den el mismo fruto, de un “Derecho para todos”. Y es que una de las confusiones es la de entender que el fenómeno de la integración en la UE nace o viene de la mano de la Globalización. Nada más lejos. El fenómeno en Europa tiene unas causas, razones, raíces muy distintas a las de la Globalización. La integración europea es fruto de una necesidad de paz que se vio plasmada tras la segunda guerra mundial. El discurso de Schuman es el mejor ejemplo de lo que tratamos de exponer<sup>62</sup>:

*“La paz mundial no puede salvaguardarse sin unos esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan.*

*La contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de unas relaciones pacíficas. Francia, defensora desde hace más de veinte años de una Europa unida, ha tenido siempre como objetivo esencial servir a la paz. Europa no se construyó y hubo la guerra.*

*Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho. La agrupación de las naciones europeas exige que la oposición secular entre Francia y Alemania quede superada, por lo que la acción emprendida debe afectar en primer lugar a Francia y Alemania.*

*Con este fin, el Gobierno francés propone actuar de inmediato sobre un punto limitado, pero decisivo.*

*El Gobierno francés propone que se someta el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y de acero a una Alta Autoridad común, en una organización abierta a los demás países de Europa.*

*La puesta en común de las producciones de carbón y de acero garantizará inmediatamente la creación de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas, de las que ellas mismas han sido las primeras víctimas. (...)”.*

**59.** En el proceso de creación este nuevo ordenamiento jurídico propio, autónomo, con carácter de primacía y aplicabilidad y efecto directo, no podemos dejar de tener en cuenta que no se trata de un Derecho creado *per se* por una organización internacional independiente de la voluntad de los Estados, en otras palabras, en esa conformación, los Estados decidieron no ceder su soberanía sino las competencias derivadas de la misma. Este punto es importante pues los Estados, en virtud precisamente de que conservan intacto su poder soberano, pueden decidir igualmente abandonar la UE (véase el caso de la decisión tomada por el pueblo del Reino Unido con fecha 24 de junio de 2016 sobre su no permanencia en la organización).

**60.** La base se encuentra en tratados internacionales (TCECA<sup>63</sup>, TCEEA<sup>64</sup> y TCEE<sup>65</sup>) suscritos por Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos y reformados después en 1986 (con el Acta Única Europea), 1992 (Tratado de Maastricht o de la Unión Europea), 1997 (Tratado de Ámsterdam), 2000 (Tratado de Niza) y 2007 (Tratado de Lisboa), por decisión de los Estados miembros cuya voluntad sigue pesando, incluso a pesar de la cesión en exclusiva en determinadas materias de poderes y a pesar de la evolución en favor del Parlamento Europeo de más competencias en su papel de colegislador; pero si miramos al inicio, la voluntad de los Estados está reflejada en cuanto al “poder” otorgado a las instituciones originarias en el poder del Consejo de Ministros, y ello no puede obviarse<sup>66</sup>. En definitiva, la sombra y el poder del Estado seguía brillando con todo su esplendor, y en cualquier caso acordamos plenamente con la idea apuntada por Calvo Caravaca de que tampoco se trata de elaborar un “Derecho Privado Universal”, “aplicable a todos los litigios entre particulares, con independencia de sus

<sup>62</sup> El texto íntegro puede encontrarse en <[http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_es.htm)>, Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>63</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado firmado en París el 18 de abril de 1951.

<sup>64</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

<sup>65</sup> Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea, firmados en Roma el 25 de marzo de 1957.

<sup>66</sup> Aún hoy, de la aprobación final del Consejo con el Parlamento, salvo materia presupuestaria en la que éste supera el poder de aquél, depende la aprobación de los actos jurídicos de derecho derivado.

caracteres y vinculaciones con los diferentes Estados del mundo” sino un Derecho privado comunitario, siendo lo anterior no sólo “inconveniente” sino “absurdo”<sup>67</sup>.

**61.** En cualquier caso, no parece haber cabida a la duda del éxito que ha representado, en cuanto a la amplitud de materias y Estados afectados, el Derecho de la Unión Europea. Aunque como contrapunto, en cuanto a lo que hemos venido apuntando en las páginas precedentes, hay que poner de manifiesto que se trata de Estados que comparten una identidad más o menos común<sup>68</sup>, una cultura semejante, lo que allana el camino a la conformación de un Derecho para todos. Esta idea en conjunto señala, a la vez que la amplitud, el límite a la posibilidad del establecimiento de un Derecho común<sup>69</sup>.

**62.** Paralelamente al nacimiento de las primeras normas comunes<sup>70</sup> reguladoras de ciertos sectores de la actividad económica (y social) ya atendemos a la aparición de las primeras normas de DIPr., que aparecen bajo la forma de tratados internacionales ya que escapaban a la competencia de las Comunidades Europeas. Hoy día el mismo hecho de si existe o no un Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, es en palabras de Calvo Caravaca, “objeto de enconadas polémicas” aunque “lenta e inexorablemente” va conformándose<sup>71</sup>.

**63.** Teniendo en cuenta los tres campos legales a que atiende el Derecho Internacional Privado<sup>72</sup>, con respecto a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, el germen de esta rama del Derecho en la Unión Europea se encuentra en el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al que seguirá el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales de 19 de junio de 1980<sup>73</sup>.

**64.** A partir del Tratado de Ámsterdam, ambos convenios se reconvirtieron en reglamentos<sup>74</sup> que se han de sumar a los aprobados en materias relativas a la insolvencia<sup>75</sup>, al matrimonio y relacio-

<sup>67</sup> A.L. CALVO CARAVACA, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea” *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 21, 2003, para. 36.

<sup>68</sup> Sobre la cuestión de la identidad de Europa, existe igualmente amplia literatura en especial con motivo del fallido *Tratado por el que se crea una Constitución para Europa*.

<sup>69</sup> *Vid.*, el interesante trabajo de P. LEGRAND, “Against an European Civil Code” *The Modern Law Review Limited*, Blackell Publishers, 1997, Oxford, USA; o el de E. JOUANNET, “French and American perspectives on International Law: Legal Cultures and International Law”, *Maine Law Review*, Vol. 58, 2006, p. 23, que afirma: “We know what Europe is today; it is not a model, but rather a “laboratory” for the integration and intersection of national legal cultures. (p.169) However, despite several integrated legal systems at the regional level (the European Union, the European Court of Human Rights), the question of legal cultures remains a real problem, which is becoming even more dramatic between East and West. Confronted with conflicts which arise between European states, Jean-Marc Ferry has proposed the practice of a “shared political culture” and of the development of a “common historical memory”.

<sup>70</sup> Ante la carencia de personalidad jurídica de la UE hasta el Tratado de Lisboa, la internacionalización de la hoy UE viene de la mano de los acuerdos firmados por “la Comunidad Europea y sus estados miembros”, y de su posición en organismos internacionales con estatus de observador.

<sup>71</sup> *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA, *op. cit.*, para. 23.

<sup>72</sup> Competencia judicial internacional, ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones (reconocimiento y ejecución de decisiones).

<sup>73</sup> Disponible en <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1980-80371>> , Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>74</sup> Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre de 2000 *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Diario Oficial n° L 012 de 16/01/2001, pp 1 a 23, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32001R0044>>, derogado por el Reglamento (UE) 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*, Diario Oficial L 351, de 20.12.2012, pp. 1 a 32, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>> Último acceso 23 de junio 2016. Por lo que se refiere al Convenio de Roma, éste será reconvertido a tal forma mediante el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008 *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Diario Oficial L177, de 4.7.2008, pp. 6 a 16, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0006>>, Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>75</sup> Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre *procedimientos de insolvencia*, Diario Oficial L 160, 30.6.2000, p. 1-18, que quedará derogado en su totalidad (ex. art. 92) a partir del 26 de junio de 2017 por el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>> , Último acceso 23 de junio 2016.

nes parentales<sup>76</sup>, obligaciones extracontractuales<sup>77</sup>, alimentos<sup>78</sup> o a las sucesiones<sup>79</sup>. En el horizonte, una propuesta de reglamento sobre regímenes matrimoniales que, siguiendo la propuesta de la Comisión<sup>80</sup> presentada recientemente (2 de marzo de 2016) nacía como el de alimentos o el Reglamento Sucesorio Europeo<sup>81</sup>, con carácter universal, por lo que la ley señalada como aplicable, lo será aun no siendo la de un Estado miembro y asimismo establece la posibilidad de ejercer *professio iuris*<sup>82</sup>. Finalmente tal propuesta de reglamento ha devenido en el establecimiento de una cooperación reforzada<sup>83</sup>.

**65.** Pero hasta 2009 no había reglamento alguno que regulase los tres sectores del Derecho internacional privado, el reglamento de alimentos, al que en 2012 se suma el de sucesiones (aunque su entrada total en vigor se produce en 2105), el 2015/842 y el de cooperación reforzada sobre regímenes económicos matrimoniales que aún no son aplicables en su totalidad.

**66.** Sorprende la amplitud de normas *ad intra*, de Derecho comunitario, existentes en el momento si comparamos con el escaso volumen de normas de Derecho internacional privado. Contamos hoy con un Derecho de la Unión Europea (DUE) que cubre un espectro amplio de materias comunes para los Estados miembros, es decir, somos todos nacionales comunitarios, junto al cual se crea un Derecho Internacional Privado, donde ya no parece que compartimos ese *link* común, sino que nos convertimos en extranjeros a la vez que aplicamos esas mismas normas a terceros. Por ejemplo en el caso del reglamento sobre sucesiones, el artículo 20 establece su aplicación universal.

**67.** El recelo a la pérdida de ciertas costumbres y tradiciones jurídicas dentro de los Estados de la Unión Europea (UE) conducen a que no puedan crearse sino normas de Derecho internacional privado y ello se ha puesto de manifiesto al tratar de elaborar un código civil europeo<sup>84</sup>. Además creemos en la necesidad de que el DUE elabore unas normas que regulen las situaciones privadas con ese carácter in-

<sup>76</sup> 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 nº 1347/2000, Diario Oficial L 338/-1, pp. 1 a 29, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:ES:PDF>>, Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>77</sup> Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), Diario Oficial. L 199, 31.7.2007, pp. 40 a 49, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32007R0864>>, Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>78</sup> Reglamento 4/2009 (CE) del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Diario Oficial L de 10.1.2009, pp. 1 a 79, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32009R0004>>, Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>79</sup> 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 las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Diario Oficial L 201/107 de 27.7.2012, pp. 1 a 28, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:ES:PDF>>, Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>80</sup> Vid. <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-107-ES-F1-1.PDF>>, Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>81</sup> Sobre este reglamento, vid., A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.P. MANSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge University Press, 2016.

<sup>82</sup> Vid. art. 21 respecto de la universalidad y art. 23 respecto de la posibilidad de elección de ley.

<sup>83</sup> Reglamento (UE) 2016/1103 de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

<sup>84</sup> D. SCHMID, "Do we need a civil code?" (conferencia pronunciada con motivo del *21st Annual Fulbright Symposium on International Legal Problems*, con fecha 1 de abril de 2011, en la *Golden Gate University*. Según el autor, "finally, the differences in the culture of the Member States, which shall be kept alive as the diversity is what makes Europe unique, could be the hindrance. A Civil Codes needs, at least to a certain degree, open clauses and indefinite concepts of law. But interpreting them is always a matter of cultural background. Therefore, even uniform rules would not lead to unified law in Europe due to the differences in the cultural background. Last but not least, one way of eliminating problems in that regard would be to leave out family and inheritance law. Those sections are on the one hand deeply rooted in the national traditions and on the other hand not of great importance for the completion of the internal market anyway". En el mismo sentido y con antelación en el tiempo se expresa ya P. LEGRAND, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", Vol 48, nº 4, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1996, pp. 779-812. Curiosamente existe otra obra de título similar a la primera que debate sobre un Código Mercantil: M.J. BONELL, "Do We Need a Global Commercial Code?", *Uniform Law Review*, 2000-3, pp. 469-481.

ternacional que deviene de la presencia en el supuesto del factor de extranjería y nos atrevemos a afirmar que despacio pero sin pausa, la UE va estableciendo al modo de los Estados su propia rama de Derecho internacional privado, lo que desde luego no iría en favor de la teoría del Derecho global, aunque no es éste el tema que tratamos ahora.

**68.** Hemos encontrado un interesante debate y diríamos confrontación entre detractores y defensores del DIPr en la UE y en este grupo el debate de cómo debería ser: la observación de los títulos de las obras mencionadas en la bibliografía citada y utilizada, son un buen ejemplo y desde luego la obra de Michaels, quien afirma en su trabajo sobre el debate Derecho de la UE - Derecho internacional privado de la UE, la indefinición de la relación entre ambos, y se hace eco del sentimiento de la doctrina señalando el aislamiento en que han venido trabajando e incluso, diríamos, parece describir cierta aversión entre civilistas e internacionistas iusprivatistas de la doctrina de ambos lados<sup>85</sup>, unos quejándose de que el Derecho comunitario se ha desarrollado en la ignorancia del Derecho internacional privado, lo que incluso admite como cierto, aunque la consecuencia ofrecida por aquéllos de dejar inalterado el Derecho internacional privado parece a nuestro autor poco realista y atractiva. Señala cómo incluso dentro del colectivo de abogados especializados en el DIPr hay quienes parecen reconocer una derrota y sugieren (o deploran) una reformulación del Derecho internacional privado y al hacer esto, parecen demasiado dispuestos a admitir que después de siglos de existencia de esta disciplina, la misma ha perdido su relevancia. Podemos añadir a lo anterior, la Resolución del PE de 6 de noviembre de 2001 que menciona que el Derecho internacional privado “ya no es un instrumento adecuado para el mercado interior europeo, que ya está muy integrado”. En definitiva, la calificada por THIBAUT como “terrible y odiosa práctica de los conflictos de leyes” debe descartarse<sup>86</sup>.

**69.** Junto a ese pesimismo, esa luz más optimista que arrojan los trabajos de autores españoles sobre cómo ha de acomodarse el Derecho Internacional Privado a la realidad actual como J. CARRASCOSA o A.-L. CALVO CARAVACA, a los que no remitimos, pues desde luego hoy más que nunca las situaciones privadas internacionales son más numerosas<sup>87</sup>.

**70.** ¿Cuál o cómo podríamos proporcionar una definición de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea? Creemos esta cuestión no es baldía. Tomando el clásico concepto apuntado antes, el Derecho internacional privado, de la UE sería aquella rama del Derecho de la Unión que resuelve las situaciones de Derecho privado en las que se halla presente un elemento extranjero. Y es en este elemento internacional donde, a menudo, volvemos a ser nacionales de cada uno de los Estados miembros cuyo Derecho se nos aplicará a falta de uniformidad de legislaciones. De ahí que apuntáramos que junto a esas normas armonizadoras de la UE, en el Derecho comunitario, nos encontremos con unas normas que nos separan. Si debe resaltarse que en el ámbito de la validez extraterritorial de decisiones, el establecimiento de esa quinta libertad comunitaria mediante el reconocimiento y ejecución automáticos de las decisiones provenientes de un órgano parte en la estructura jurisdiccional de la Unión

<sup>85</sup> R. MICHAELS, *EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory*, documento basado en la conferencia pronunciada en la *Conference launching the Journal of Private International Law* en Aberdeen, con fecha 29 de marzo de 2005, disponible en <[http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2280&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2280&context=faculty_scholarship)>, Último acceso, 20 de junio de 2016.

<<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219ATT58300/20121219ATT58300EN.pdf>>. Vid.: especialmente pp 2 y 3. Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>86</sup> THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, Heidelberg 1814, reprinted in *Hattenhauer, Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften*, München 1973, 61ff., p. 33, citado por O. LANDO, “Some features of the Law of Contract in the Third Millennium”, 40 *Scandinavian Studies in Law*, pp. 342-402, y tomado del Proyecto de investigación presentado por F. Oliva, *Hacia un Derecho Civil Internacional e Uniforme*, disponible en <[https://www.upo.es/investiga/export/sites/investiga/dicodex/materiales/articulos/articulos/Francisco\\_Oliva\\_PROYECTO\\_DE\\_INVESTIGACION\\_HACIA\\_UN\\_DERECHO\\_CIVIL\\_UNIFORME.pdf](https://www.upo.es/investiga/export/sites/investiga/dicodex/materiales/articulos/articulos/Francisco_Oliva_PROYECTO_DE_INVESTIGACION_HACIA_UN_DERECHO_CIVIL_UNIFORME.pdf)>, Último acceso 23 de junio 2016.

<sup>87</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, Número 22, 2004, pp. 17-58, o el ya mencionado antes de A.L. CALVO CARAVACA.

Europea es un logro importante pero donde la posibilidad de invocación de la contrariedad del orden público sigue operando.

71. Reafirmando que el Derecho de la Unión Europea no puede considerarse *Global Law* sino regional, hemos tratado de observar su adaptación a la Globalización, tomando como referencia un aspecto particular: la utilización de las normas de conflicto y sus problemas de aplicación, en particular el orden público, y en general el tratamiento del Derecho extranjero por cuanto que el Derecho internacional privado implica la aplicación de aquél.

72. El Derecho internacional privado, implica traer al proceso nacional y tratarse con el Derecho extranjero. Cuando un juez nacional –cualquiera que sea dentro de la organización jurisdiccional de la UE– ha de aplicar aquél por determinación de la norma de conflicto, encuentra como límite a aquélla, la contravención del orden público de la norma extranjera.

73. Claro que en este problema y dada la universalidad proclamada por alguno de los reglamentos deberíamos diferenciar la aplicación del Derecho de alguno de los Estados de la UE de los de terceros por cuanto que la apuntada similitud entre ordenamientos entre Estados UE parece dar menos cabida a la vulneración del orden público. Lo que sí nos parece solución pacífica es la solución proporcionada al problema de la calificación cuando el Derecho extranjero contiene categorías desconocidas, así la adaptación a que alude el Reglamento Sucesorio Europeo<sup>88</sup>.

74. La jurisprudencia del TJUE nos aporta tan sólo ejemplos respecto al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y el orden público, en particular respecto de los reglamentos 44/2001, 2201/2003, y 1346/2000, en los que la Curia entiende que, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución emanada de otro Estado miembro y ello lo considera en el ámbito de la vulneración de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos de defensa. En otras palabras, la vulneración del orden público se circunscribe a la de los derechos de defensa<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> *Vid.* Considerandos 16 y 17 del Reglamento y artículo 31.

<sup>89</sup> La jurisprudencia hallada en [www.curia.eu](http://www.curia.eu) es la siguiente: a) respecto del Reglamento 1346/2000 y el orden público, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 2 de mayo de 2006, asunto C341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=56604&mode=req&pageIndex=9&dir=&occ=first&part=1&text=Orden%2BP%25C3%25BAblico&doclang=ES&cid=48133#ctx1> y la posterior sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 21 de enero de 2010, Asunto C-444/07. *MG Probud Gdynia sp. z o.o.* disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=74661&mode=req&pageIndex=8&dir=&occ=first&part=1&text=Orden%2BP%25C3%25BAblico&doclang=ES&cid=48133#ctx1>, Último acceso 23 de junio 2016. En el apartado 34 dice el Tribunal: “ En lo que se refiere a ese segundo motivo de denegación el Tribunal de Justicia ya había precisado en el marco del Convenio de Bruselas que la cláusula de orden público que figura en el artículo 27, número 1, de este Convenio, en la medida en que constituye un obstáculo a la consecución de uno de sus objetivos fundamentales –facilitar la libre circulación de resoluciones– únicamente debe aplicarse en casos excepcionales (sentencias de 28 de marzo de 2000, Krombach, C7/98, Rec. p. I1935, apartados 19 y 21, y Eurofood IFSC, antes citada, apartado 62). Pues bien, esa jurisprudencia referida al artículo 27, número 1, del citado Convenio puede aplicarse a la interpretación del artículo 26 del Reglamento (sentencia Eurofood IFSC, antes citada, apartado 64)”. b) Respecto del Reglamento 44/2001 y el orden público: sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de mayo de 2016, Asunto C-559/14, *Meroni v Recoletos Limited*, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=178741&mode=req&pageIndex=2&dir=&occ=first&part=1&text=orden%2Bpublico&doclang=ES&cid=45693#ctx1>, Último acceso 23 de junio 2016. El fallo reza: “El artículo 34, punto 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que, en unas circunstancias como las examinadas en el litigio principal, no cabe considerar manifiestamente contrarios al orden público del Estado miembro requerido ni al derecho a un proceso equitativo, en el sentido de tales disposiciones el reconocimiento y la ejecución de un auto dictado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sin oír a un tercero cuyos derechos son susceptibles de verse afectados por el referido auto, siempre que dicho tercero pueda invocar sus derechos ante ese órgano jurisdiccional.”; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2015, Asunto C-681/13, *Diageo Brands BV / Simiramida-04 EOOD*, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=166938&mode=req&pageIndex=2&dir=&occ=first&part=1&text=orden%2BP%25C3%25BAblico&doclang=ES&cid>



75. Así, honestamente creemos que dada la escasa producción de normas de esta disciplina, y jurisprudencia respecto de la cuestión propuesta, no podemos, y –como decía LE GOFF respecto al Derecho global–, nos parece incluso arrogante tratar de establecer una teoría acerca del DIPr de la UE y su relación con el fenómeno de la Globalización jurídica.

## V. Reflexión final

76. Decíamos al principio que el fenómeno de la Globalización ha conducido a que hoy se hable de otro fenómeno, el de la Globalización jurídica que a su vez ha llevado a que en el discurso jurídico se debata otro fenómeno –que no realidad– que es la del *Global Law*.

77. Estos tres términos carecen de una precisión conceptual y su vaguedad en el discurso jurídico es patente. Por lo que respecta a la Globalización, se ha señalado el enorme número y diversidad de definiciones porque lo que se hace global afecta al todo, a lo social, a lo económico, a lo político, a lo jurídico. De ahí la gran variedad de conceptos aportados por la doctrina. Junto a ello, surge además la cuestión del establecimiento de una diferencia con un mínimo de claridad entre Globalización, internacionalización o mundialización.

78. Hemos optado por entender por Globalización el fenómeno producido tras la liberalización de los transportes, las telecomunicaciones e internet porque sin ellos la comunidad internacional no lograría ese grado de interconexión característico del fenómeno que vivimos. Son así, actores principales en este escenario actual en el que el comercio mundial se ha visto enormemente favorecido y modificado. Con los nuevos actores, Estados y organizaciones internacionales se trata de establecer, por ejemplo en el comercio internacional, unas reglas de consenso más justas que faciliten el juego en el mercado de actores menos potentes económicamente.

79. Pero esas reglas, ese Derecho, necesita de una fuerza coercitiva que pasa por la necesaria acción de los tribunales, nacionales o internacionales. Y el poder del Estado, sigue estando presente, en cada una de las instituciones “globales” y la emergencia de organizaciones internacionales no responde sino a intereses económicos y no puramente legales, respecto de las que los soberanos Estados han permitido, pero no perdido su poder.

80. Nos parece fundamental insistir en distinguir lo que pueda constituir presión que pueda ser ejercida por parte de determinadas entidades, empresas o grupos o de la sociedad civil, de lo que sea el

---

=65701#ctx1>, Último acceso 23 de junio 2016; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de octubre de 2014, Asunto C302/13 *flyLAL-Lithuanian Airlines AS, en liquidación v Starptautiskā lidosta Rīga VAS, y Air Baltic Corporation AS*, disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=158845&mode=req&pageIndex=3&dir=&occ=first&part=1&text=orden%2Bpublico&doclang=ES&cid=45693#ctx1>>, Último acceso 23 de junio 2016; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2012, C619/10, *Trade Agency Ltd y Seramico Investments Ltd*, disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=126427&mode=req&pageIndex=5&dir=&occ=first&part=1&text=orden%2Bpublico&doclang=ES&cid=45693#ctx1>>, Último acceso 23 de junio 2016. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 28 de abril de 2009. Asunto C420/07, *Meletis Apostolides v David Charles Orams, Linda Elizabeth Orams*, disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=78109&mode=req&pageIndex=8&dir=&occ=first&part=1&text=Orden%2BP%25C3%25BAblico&doclang=ES&cid=48133#ctx1>>, Último acceso 23 de junio 2016; y finalmente, c) respecto del reglamento 2201/2003, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, Asunto C-455/15 PPU, *P v Q.*, disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Orden%2BP%25C3%25BAblico&docid=173567&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=48133#ctx1>>, Último acceso 23 de junio 2016., cuyo fallo es: “El artículo 23, letra a), del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que, cuando no exista una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico, dicha disposición no permite al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de dicho menor.”

verdadero poder normativo que estas ostenten, a menos que comencemos a construir una nueva Teoría General del Derecho en que se acepte que el *soft law* es fuente del Derecho (aún así ¿desde cuándo?).

**81.** Respecto a la Globalización jurídica y entendiendo por tal la formación de normas para todos y la afectación de los Derechos nacionales entre sí, hay que señalar en primer lugar que la mayor o menor apertura depende del grado de flexibilidad de cada ordenamiento jurídico y que la aceptación de normas universales depende también de cada cultura. En efecto, creemos que la unificación de normas a nivel internacional, tiene sus límites en las diferentes culturas, y en consecuencia en los Derechos que se manifiestan con mayor o menor intensidad distintos y a veces, incluso, contrapuestos.

**82.** Hemos hecho especial énfasis en que la cultura juega un papel fundamental por su inseparabilidad del Derecho. En tanto no exista una cultura global, el Derecho global es un ideal, pero no una realidad. El Derecho va mucho más allá de ser un conjunto de normas que sirvan al comercio.

**83.** Cuando tratamos de buscar el debate del fenómeno de la Globalización del Derecho o del *Global Law* en otros escenarios no occidentales, asistimos a una pérdida de relevancia en el debate jurídico. ¿Es fruto, pues, de la civilización occidental? Lo que sí parece claro es que la expansión de la cultura occidental vía imperios coloniales no ha conllevado la del Derecho, simplemente porque no se ha adaptado al conjunto de valores imperantes allá donde se ha intentado imponer.

**84.** El Derecho Internacional no ha fracasado pese a los defectos con que emerge en la Carta de San Francisco. Su dinamismo ha llevado a admitir a otros actores junto a los Estados y a poner en el centro de atención a la persona. Pero mantener una perspectiva occidental en estas cuestiones se nos antoja un error. El respeto a los derechos humanos es concebido de forma diferente en occidente o en oriente. El beneficio del grupo por encima de la persona individualmente considerada es nota que se debe respetar y no imponer... nuevamente las culturas se contraponen si no se erige el respeto como regla de juego primordial.

**85.** Y porque el Derecho internacional no ha fracasado no hay necesidad de reinventar una nueva suerte de Derecho, el *Global Law* porque tampoco el Estado ha perdido su fuerza creadora del Derecho por más que se traigan a colación instituciones mundiales de gobernanza económica: detrás de cada una hay un interés de un Estado, y si lo hay de un particular, léase empresa, detrás de ésta está el Estado imponiéndole unas reglas, unas normas. No hay sujeto en la comunidad internacional alegal, aunque desde luego no negamos la presión que puedan ejercer, pero en palabras de J. CARRASCOSA, nada se desvela si se pone de relieve que el FMI opera al dictado de los Estados más desarrollados, y que, en su toma de decisiones, pesan muy notablemente los intereses de las grandes multinacionales de estos Estados<sup>90</sup>.

**86.** Es, en definitiva, el Derecho internacional –público– lo que está detrás de aquello que algunos llaman *Global Law*. El éxito de los diferentes acuerdos internacionales es lo que hace emerger la unificación y armonización de normas en la sociedad internacional.

**87.** Hemos tratado de mostrar que en el campo del Derecho internacional privado, la Globalización poco influye a esta rama del Derecho. Siendo una rama del Derecho eminentemente estatal y que sirve para solventar conflictos de leyes cuando en una situación privada existe un elemento internacional, aun igualando los diversos puntos de conexión acogidos en cada sistema, trataríamos con Derechos extranjeros que aún desecharíamos cuando condujeran a la aplicación de una ley contraria al orden público. Y éste es un concepto, aparte de dinámico y evolutivo, eminentemente cultural.

**88.** En el marco de la Unión Europea, en primer lugar, su origen no puede relacionarse con el fenómeno de la Globalización y en segundo lugar en el momento presente en que la Unión es perceptora

---

<sup>90</sup> *Op cit* para. 13.

de una enorme inmigración, la escasez de normas en esta rama del Derecho no nos permite construir una verdadera teoría afirmando que queda afectado realmente por el fenómeno de la Globalización jurídica.

**89.** El DIPr más bien ha servido para intentar armonizar de alguna forma, materias delicadas, donde la voluntad de cada uno de los Estados miembros o el recelo mostrado por algunos en cuanto a la pérdida de tradiciones jurídico-culturales se pone de manifiesto. Y ello, sin olvidar que sigue estando la puerta libre a que cada Estado se deshaga de su sombra y desaparezca de la escena regional europea.

# EL PAPEL DE LA RESIDENCIA, NO RESIDENCIA, NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS ACTUALES FIGURAS TRIBUTARIAS

## THE ROLE OF RESIDENCE, NON-RESIDENCE, NATIONALITY AND FOREIGNNESS IN SETTING THE CURRENT TAX FIGURES

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Jaén*

Recibido: 29.09.2016 / Aceptado: 06.10.2016

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3620>

**Resumen:** La residencia y la no residencia, la nacionalidad y la extranjería, aunque siempre han estado presentes como presupuestos de las normas tributarias, ha ido cambiando la manera en que inciden en la estructura de éstas. Más allá de la actual mayor relevancia de la residencia y la no residencia frente a la nacionalidad y la extranjería para determinar la sujeción al Poder Tributario del Estado, ha cambiado también la forma en que inciden en la actual configuración del sistema tributario, debiendo revisarse los tradicionales elementos estructurales dentro del hecho imponible, para adecuarlos a las actuales figuras tributarias.

**Palabras clave:** residencia, no residencia, nacionalidad, extranjería, tributo.

**Abstract:** Although residence and non-residence, nationality and foreignness have always been present as estimates of tax regulations, the way they affect the structure of the tax law has been changing. Beyond the current most importance of residence and non-residence versus nationality and foreignness in order to determine the subjection to the taxing power of the state, the way they affect the current configuration of the tax system has also changed, making it necessary to review the traditional structural elements within the taxable event, to conform them to current tax figures.

**Keywords:** residence, non-residence, nationality, foreignness, tax.

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares. II. La posición del elemento subjetivo en la estructura del hecho imponible. 1. Aspectos dentro de los distintos elementos del hecho imponible. 2. El elemento objetivo del hecho imponible. A) Aspecto material. B) Aspecto espacial: territorio. C) Aspecto temporal. D) Aspecto cuantitativo. 3. Elemento subjetivo del hecho imponible versus sujeto pasivo. III. Aspectos del elemento subjetivo del hecho imponible: la residencia como territorial frente a la nacionalidad como personal. IV. Consideraciones constitucionales. V. Consideraciones finales.

### I. Consideraciones preliminares

1. Elementos esenciales para la determinación de la sujeción o no a una determinada figura impositiva son la residencia o no residencia y, en algunos casos puntuales, la nacionalidad frente a la extranjería. Estos elementos se presentan como presupuestos prioritarios dentro de la configuración de la estructura subjetiva del tributo, debiendo realizar una redefinición de ésta en función de las figuras tributarias actuales.

2. Dentro del esquema del hecho imponible de un tributo es necesario tomar en consideración, junto a determinados datos objetivos, una serie de circunstancias o cualidades de carácter subjetivo. De esta forma, para estructurar el hecho imponible se debe partir de qué sujetos pueden realizar un acto o encontrarse en una situación para que pueda entenderse realizado aquél. El hecho, acto o situación sobre el que se estructura un hecho imponible se puede configurar como solamente realizable por un determinado tipo de sujetos o sólo reconocible en relación a sujetos con unas determinadas cualidades.

3. Dependiendo de que sea un tipo u otro de sujetos el que realice el acto o se encuentre en la situación sobre la que se estructure el hecho imponible, podrá entenderse éste realizado o no. De otro lado, también puede suceder que dependiendo de que el acto lo realice un tipo u otro de sujetos o que la situación se dé en relación a un sujeto que tenga unas u otras características, se podrá entender que se ha realizado el hecho imponible de un impuesto u otro. La consideración material del acto o situación sobre la que se pueden configurar hechos imponibles puede ser similar para dos impuestos, de forma que lo que determine que se realiza el hecho imponible de uno u otro impuesto sea la clase de sujeto que lo realice.

4. Así pues, en una primera aproximación, el hecho imponible de un impuesto puede que sólo pueda ser realizado por un determinado tipo de sujetos, de forma que es necesario analizar si el sujeto, que realiza el acto o se encuentra en la correspondiente situación, reúne o no ciertas características, porque, de no reunir las, no se podría entender que con tal acto o situación se esté dando el hecho imponible. Al mismo tiempo, dependiendo de que el acto o situación sea predicable de un tipo u otro de sujetos, nos podríamos encontrar, como se ha apuntado, ante hechos imponibles de impuestos distintos. De esta manera, los distintos impuestos se pueden configurar partiendo de los diferentes sujetos que pueden realizar sus hechos imponibles.

5. Pero esto partiendo de la perspectiva pasiva, o sea, del sujeto que realiza el hecho imponible y que, por tanto, en principio, podría resultar obligado al pago de la deuda tributaria devengada como consecuencia de su realización. Frente a esta perspectiva pasiva, habría que tomar en consideración también una perspectiva activa o lado activo dentro del elemento subjetivo del hecho imponible. Así pues, dos impuestos que a primera vista pudiesen parecer similares en los presupuestos materiales sobre los que se pudiera estructurar su hecho imponible, necesariamente cambiarían desde la perspectiva de en favor de qué ente se devengaría la obligación resultante de la realización del hecho imponible. Un concreto hecho imponible se define, pues, como sólo realizable, en principio, en favor de un determinado sujeto activo, acreedor del tributo.

6. Son, pues, dos planos o perspectivas en la consideración del elemento subjetivo del hecho imponible: la activa y la pasiva. La primera estaría relacionada con el ente acreedor del tributo. La segunda se presentaría como referente al sujeto que realiza el presupuesto de hecho del tributo. Será esta segunda perspectiva la que ofrezca una mayor y más rica problemática en su análisis, dado que la diferenciación entre sujetos realizadores de hechos imponibles puede ofrecer una mayor diversidad de impuestos, que la diferenciación que sólo partiese del ente acreedor de la obligación tributaria. Es mayor la necesidad de estudio dentro de esa perspectiva pasiva, que dentro de la activa, de cara a definir y concretar los elementos de la estructura de las actuales realidades impositivas, sin perjuicio de que algunas interesantes cuestiones desde la perspectiva activa también estén necesitadas de análisis.

7. El instituto del elemento subjetivo del hecho imponible a veces parece confundirse por el legislador y por algunos autores con el del sujeto pasivo. Existen cuestiones que nuestras leyes y nuestra doctrina a veces incluyen o tratan en sede de sujeto pasivo, cuando más correctamente deberían hacerlo en sede de elemento subjetivo del hecho imponible, produciéndose, así, un error en los esquemas dogmáticos de nuestra disciplina. Ello sin perjuicio, no obstante, de la natural relación que se debe dar entre el estudio de la figura del sujeto pasivo y el estudio del elemento subjetivo del hecho imponible, eso sí, como cuestiones diferenciables, aunque sólo fuese para distinguir las.

**8.** Lo expuesto se pone en mayor evidencia en el análisis de nuestras actuales figuras impositivas, algunas de las cuales han nacido de un desglose de algunos tradicionales impuestos a partir de diferenciaciones basadas en las circunstancias concurrentes en el sujeto realizador del hecho imponible. Esto nos sitúa en la mencionada perspectiva subjetiva, sin perjuicio, como hemos apuntado, de importantes referencias que también se deben hacer al plano activo o perspectiva activa del elemento subjetivo del hecho imponible.

**9.** Las razones mencionadas nos llevan, pues, a entrar en el análisis del elemento subjetivo del hecho imponible esencialmente desde una perspectiva territorial. Así pues, aunque el hecho imponible pudiese parecer un instituto cuyo estudio y análisis podría estar ya más que asentado, no faltan en relación al mismo cuestiones necesitadas de estudio. Es más, la evolución en nuestro Sistema tributario hace que el análisis de los elementos que la doctrina del Derecho Tributario ha individualizado en la estructura del tributo, se traslade y se aplique a las nuevas figuras impositivas, nacidas con posterioridad al momento en que se forjaron los esquemas dogmáticos de los que suele partir el análisis de la estructura del hecho imponible.

**10.** Intentamos, pues, en este trabajo, aportar una mayor claridad en la descripción o redefinición de algún aspecto o elemento de la estructura del hecho imponible, a la luz de las actuales figuras impositivas de nuestro Sistema tributario, desde una perspectiva territorial.

**11.** Claro está que de hecho imponible se puede hablar en relación a los impuestos, tasas y contribuciones especiales, es decir, en relación a cualquier categoría tributaria. Ahora bien, el esquema conceptual más desarrollado dentro de la disciplina tributaria donde puede encontrar una más plena aplicación práctica es en relación al impuesto. Digamos que existen conceptos y construcciones que donde pueden encontrar un efectivo desarrollo es en materia de impuestos y no tanto en relación a las otras categorías tributarias. Por ello, este trabajo se va a basar en esencia en la contemplación de los impuestos ante la problemática que se quiere estudiar en el mismo. Es, pues, el impuesto la categoría tributaria que nos puede acercar en mayor medida a la actual realidad que debe ser analizada para ofrecer una visión lo más fiel posible de la funcionalidad del concepto de elemento subjetivo de hecho imponible. Son las figuras impositivas relativamente más recientes las que con mayor facilidad nos pueden dar una visión más fiel de la funcionalidad y contenido que el concepto de elemento subjetivo del hecho imponible tiene ante nuestro actual Ordenamiento jurídico tributario. Es por ello por lo que nos vamos a centrar esencialmente en el instituto del impuesto de cara al estudio del elemento subjetivo del hecho imponible en su dimensión práctica más actual, presidida por la consideración internacional o territorial del presupuesto de hecho del impuesto.

**12.** Como cuestión distinta de la anterior, es necesario destacar que, en la completa delimitación de un concreto hecho imponible en todos sus elementos y aspectos normalmente, no basta, dentro de la correspondiente ley tributaria, con estar a lo que se establece en el artículo que hable expresamente del hecho imponible. De esta forma, por lo que respecta al elemento del hecho imponible que ahora nos va a ocupar principalmente, suele ser habitual tener que recurrir a otros preceptos de la ley para su completa definición. Así pues, para la delimitación del elemento subjetivo de un hecho imponible en el total contenido de sus requisitos o aspectos, normalmente no basta con el precepto que las leyes tributarias nos presentan bajo la rúbrica de hecho imponible, debiendo recurrir a algunos otros, que a veces, no sólo no llevan tal rúbrica, sino que, incluso, aparecen ubicados en otra sede distinta dentro de las leyes. Por ello, la completa delimitación de un concreto hecho imponible en la mayoría de los casos no se puede realizar fijándonos en un solo artículo de la correspondiente ley reguladora de un tributo.

**13.** En nuestra exposición partiremos de ciertas realidades impositivas bastante particulares que se han consolidado dentro del moderno Ordenamiento tributario español y que son bastante indicativas de la situación que se quiere poner de manifiesto en este trabajo.

## II. La posición del elemento subjetivo en la estructura del hecho imponible

### 1. Aspectos dentro de los distintos elementos del hecho imponible

14. En el análisis de la estructura del hecho imponible se hace necesario partir en nuestra doctrina de los elementos y aspectos que en aquélla distinguía el Profesor SAINZ DE BUJANDA. Este Profesor distinguía entre un elemento subjetivo y un elemento objetivo dentro del hecho imponible. Al mismo tiempo, dentro del elemento objetivo distinguía entre un aspecto material, un aspecto espacial o territorial, un aspecto temporal y un aspecto cuantitativo<sup>1</sup>. Es ésta, a nuestro entender, la estructura del hecho imponible de la que es necesario partir en este análisis, sin perjuicio de que en el estudio de cada uno de sus elementos y aspectos se deban realizar ciertas observaciones en relación al contenido que a los mismos asignaba el Profesor SAINZ DE BUJANDA. Esto sin perjuicio también de que tal estructura pueda desglosarse o especificarse más allá de lo que él hizo en relación al elemento subjetivo. Se trata, no obstante, de una delimitación de la estructura del hecho imponible que se presenta como punto de partida inexcusable en cualquier análisis que se haga, en nuestro Derecho Tributario, del hecho imponible. Se trata, además, del esquema de la estructura del hecho imponible más seguido por nuestra doctrina<sup>2</sup>.

15. Quizás no tan completo, claro o fácil de asumir como el del Profesor SAINZ DE BUJANDA, pero, en cierto modo, similar e igualmente digno de destacar, es el esquema de la estructura del hecho imponible que nos daba el Profesor BERLIRI, punto de partida esencial, no sólo en el Derecho Tributario italiano, sino también en la evolución de la doctrina tributaria española. Según BERLIRI la acción o la situación en que se concreta el presupuesto de hecho de la relación jurídica impositiva puede ser examinada bajo tres perfiles distintos, como son el temporal, el espacial y el cuantitativo. Esto llevaba a este autor a hablar de un elemento temporal, de un elemento espacial y de un elemento cuantitativo del presupuesto de hecho<sup>3</sup>. Como podemos apreciar, en el nivel en que SAINZ DE BUJANDA hablaba de aspectos, BERLIRI hablaba de elementos, pero, como hacía SAINZ DE BUJANDA, entendemos que se debe reconocer un nivel anterior en el que hablar de elementos.

---

<sup>1</sup> Como decimos, este autor distinguía entre un elemento objetivo y un elemento subjetivo del hecho imponible, entendiendo además que, en concreto, dicho elemento objetivo puede ser contemplado desde varios aspectos: un aspecto material, un aspecto espacial, un aspecto temporal y un aspecto cuantitativo (“Análisis jurídico del hecho imponible”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, nº 60, 1965, pp. 840 y ss.; la delimitación por SAINZ DE BUJANDA de la estructura del hecho imponible también la podemos encontrar en *Hacienda y Derecho*, IV, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pp. 330 y ss.). Éstos son los términos que utilizaba este autor. Si nos fijamos, el término que usaba SAINZ DE BUJANDA para hacer referencia al segundo de los aspectos mencionados es el de “espacial”. Nosotros, sin embargo, utilizamos también para el mismo aspecto el término “territorial”. A nuestro entender, en principio, ambos términos se podrían utilizar para hacer referencia a lo mismo. No obstante, nosotros consideramos más acorde con el contexto actual el término “territorial”. De todas formas, como apuntamos, se podrían utilizar ambos términos indistintamente a los citados efectos. Sin embargo, en relación al elemento objetivo del hecho imponible no queremos dejar de utilizar el término “espacial” para hacer referencia al referido aspecto. De ahí que en el epígrafe que encabeza la contemplación específica de este aspecto del elemento objetivo en este trabajo hayamos utilizado el calificativo de “espacial”, respetando, así, el criterio de autoridad que supone que tal calificativo fuese el utilizado por SAINZ DE BUJANDA calificando ese aspecto. Sin embargo, en materia de elemento subjetivo del hecho imponible, donde, como veremos, también distinguiremos un aspecto ligado al espacio o territorio, utilizamos para éste el calificativo de “territorial” en el epígrafe que encabeza el desarrollo de este aspecto del elemento subjetivo, dado que es una individualización de un aspecto que aportamos más allá de la delimitación que inicialmente realizase SAINZ DE BUJANDA. Así pues, ésta es la utilización que proponemos, a los citados efectos, de los términos “espacial” y “territorial”, utilizando en algunos casos el primero en el deseo de seguir a SAINZ DE BUJANDA y prefiriendo, en nuestra aportación, utilizar el segundo término, sin desconocer que, en principio, podrían ser utilizados como sinónimos en multitud de casos en la disciplina tributaria.

<sup>2</sup> Véanse en este sentido, entre otros, SEMINARIO DE DERECHO FINANCIERO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID (Director F. SAINZ DE BUJANDA), *Notas de Derecho Financiero*, Tomo I, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1976, pp. 400 y ss.; J. MARTÍN QUERALT, C. LOZANO SERRANO, G., CASADO OLLERO, J.M., TEJERIZO LÓPEZ, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 268 y ss.; G.G. NÚÑEZ PÉREZ, “Hecho imponible. No sujeción y exención”, *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, Libro-homenaje al Profesor Dr. D. FERNANDO SAINZ DE BUJANDA, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, pp. 465 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. A. BERLIRI, *Corso istituzionale di Diritto tributario*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 212 a 220.

16. Así pues, como hemos apuntado, partiremos en nuestro análisis de los elementos y aspectos individualizados por el Profesor SAINZ DE BUJANDA en la estructura del hecho imponible, dada la amplitud y claridad que tal estructura puede representar en cuanto esquema, sin perjuicio de la complejidad que pueda presentar en el desarrollo de su contenido. Se trata, además, de la estructura de la que, como hemos adelantado, principalmente ha partido nuestra doctrina en el análisis del hecho imponible, siendo, pues, el punto de partida inexcusable en cualquier análisis que en tal sentido queramos hacer a la luz de nuestro Ordenamiento tributario.

## 2. El elemento objetivo del hecho imponible

17. En los apartados que siguen nos vamos a ocupar de analizar las distancias, diferencias y relaciones del elemento subjetivo del hecho imponible con cada uno de los aspectos del elemento objetivo de éste, para lo que deberemos realizar ciertas consideraciones sobre cada uno de los mismos, poniendo de manifiesto las posibles consideraciones territoriales con respecto a cada uno de ellos.

### A) Aspecto material

18. El aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible consiste en el acto, acción o situación en sí sobre la que se estructura aquél. La delimitación del aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible consiste en el verbo que describe el acto o situación. Describe un hacer<sup>4</sup> o un tener. Es la simple referencia a una acción o una situación. Se trata del verbo de un predicado. Es el verbo que describe la acción o situación del sujeto. Todo esto sin más especificaciones de lugar, tiempo o cantidad, especificaciones que vendrán dadas, especificando la acción o situación, por los aspectos espacial, temporal y cuantitativo del elemento objetivo del hecho imponible. De esta manera, tales especificaciones se salen ya de lo que es el puro aspecto material y se corresponden con otros aspectos del citado elemento objetivo.

19. Quien se presente como sujeto del mencionado predicado, o sea, el sujeto que realice la acción o se encuentre en la situación que describe el verbo, será el sujeto realizador del hecho imponible, es decir, el sujeto pasivo del tributo, en calidad de contribuyente. Quien realice la acción o se encuentre en la situación en que consiste el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible es quien va a presentarse como contribuyente.

20. Lo que nos define, no qué tipo de sujeto, sino qué sujeto en concreto va a ser el contribuyente, es el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible. Este aspecto nos va a dar el verbo descriptivo de una situación o acción, de forma que el sujeto que realice ésta o se encuentre en aquélla va a ser el sujeto pasivo del tributo en calidad de contribuyente. Qué tipo de sujeto puede realizar el hecho imponible es algo que nos vendrá dado por el elemento subjetivo del hecho imponible. Y, de entre todos los sujetos de ese tipo, el que va a considerarse que realiza el hecho imponible va a ser quien se encuentre en la situación o realice el acto en que consiste el aspecto material del elemento objetivo.

21. Así pues, recapitulando, para que se dé el hecho imponible, además de otras circunstancias, debe partirse de que se dé el acto o situación en que consiste el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible. Quien reúna las circunstancias o condiciones en que consista el elemento subjetivo del hecho imponible podrá, en abstracto, a efectos de un impuesto, ser considerado como realizador del acto o como sujeto que se encuentra en la situación en que consista el aspecto material del elemento objetivo de aquél. Y quien realice en concreto ese acto o se encuentre en concreto en esa situación será quien deba ser considerado como realizador del hecho imponible, si es que se cumplen o dan las demás circunstancias en que consistan los elementos y aspectos de éste.

---

<sup>4</sup> Incluso, en cierto sentido, podría llegar a describir un no hacer; pensemos en los impuestos autonómicos que se estructuraron en su momento sobre la infrautilización de las tierras, impuestos con un devengo vinculado a un no hacer, o sea, por no utilizar o no aprovechar la tierra rústica convenientemente, es decir, por debajo de sus posibilidades.



22. Por ello, el elemento y aspecto que más directamente define la relación entre el hecho imponible y el concreto sujeto pasivo es el aspecto material del elemento objetivo de aquél y no tanto su elemento subjetivo, dado que este último no define en sí propiamente una relación del sujeto con el hecho, sino unas cualidades o circunstancias del sujeto para que pueda entenderse que realiza el hecho. La relación es vínculo y éste se da haciendo algo (acto) o encontrándose en una determinada situación.

23. Puede que un sujeto reúna unas circunstancias o cualidades que le permitan, a efectos de un impuesto, realizar su hecho imponible, es decir, poder ser considerado como realizador del hecho imponible. Pero si no realizase el acto o no se encontrase en la situación referida, no tendría ninguna relación con el hecho imponible en la realidad práctica. Así pues, no compartimos las afirmaciones u opiniones que directamente presentan sin más al elemento subjetivo del hecho imponible como la descripción de la relación del hecho imponible con el sujeto pasivo del tributo, opiniones que representan, no obstante, la inmensa mayoría de las que se han pronunciado al respecto.

24. Lo dicho en modo alguno debe entenderse en el sentido de que nosotros neguemos cualquier punto de relación entre el elemento subjetivo del hecho imponible y el sujeto pasivo, como institutos en la estructura y delimitación del tributo. Téngase en cuenta que sólo el sujeto que reúna las cualidades, características o circunstancias en que consista el elemento subjetivo del hecho imponible podrá llegar a ser considerado como realizador de éste y, así, como sujeto pasivo, en calidad de contribuyente. De esta forma, vemos cómo no son totalmente ajenos el instituto del elemento subjetivo del hecho imponible y el instituto del sujeto pasivo, sólo que entendemos que en la descripción de la relación del hecho imponible con el sujeto pasivo se debe reconocer el papel que juega el aspecto material del elemento objetivo de aquél.

25. Con nuestro planteamiento lo que queremos poner de manifiesto es que lo que puede derivarse como función o contenido de un aspecto del hecho imponible no tiene porqué asignarse a otro elemento del mismo, pues si hablamos de factores que pueden residenciarse en varios aspectos o elementos de aquél desdibujaríamos la definición de éstos, privándolos de unos contornos precisos.

26. Como afirmaciones doctrinales en el sentido de definir el elemento subjetivo del hecho imponible como la relación de éste con el sujeto pasivo, podríamos fijarnos en primer lugar en las palabras de SAINZ DE BUJANDA cuando éste señalaba que «la relación existente entre el hecho imponible y el sujeto pasivo de gravamen constituye el elemento subjetivo del hecho imponible», añadiendo que «la relación jurídica tributaria entre el ente público -titular del crédito impositivo- y el sujeto pasivo -deudor del tributo- se produce a través de los criterios de vinculación de ambos sujetos al hecho imponible, que se erige así en nexo o enlace entre las partes de la relación»<sup>5</sup>. De otro lado, NÚÑEZ PÉREZ señala en tal sentido que «el elemento subjetivo expresa la relación existente entre el sujeto obligado al pago del tributo y el elemento objetivo»<sup>6</sup>. Por otra parte, en uno de los más extensos estudios de nuestra doctrina sobre este tema, CORS MEYA señala que «el elemento subjetivo del hecho imponible lo constituye aquella específica relación que predica el hecho de su realizador y que, por eso mismo, es la relación que determina para ese realizador la condición de sujeto pasivo principal o contribuyente en el ámbito de la consecuencia jurídica tributaria». Añade este autor a continuación de lo anterior que «de esta manera quedaría bien patente que el elemento subjetivo, el que relaciona el hecho con su realizador, es el vínculo del ámbito del presupuesto de hecho que determina en el ámbito del mandato el vínculo obligación para el sujeto pasivo principal o contribuyente»<sup>7</sup>.

27. Dentro de las construcciones doctrinales que hablan de la relación del sujeto pasivo con el hecho imponible en sede de elemento subjetivo de éste, existen algunas en las que puede perder consis-

<sup>5</sup> Cfr. F. SAINZ DE BUJANDA, “Análisis jurídico del hecho imponible”, *cit.*, p. 918.

<sup>6</sup> Cfr. G.G. NÚÑEZ PÉREZ, *ob. cit.*, p. 465.

<sup>7</sup> Cfr. X. CORS MEYA, “Elemento subjetivo del hecho imponible”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, nº 238, 1995, p. 916.

tencia la distancia que debe existir entre ciertos institutos de la disciplina tributaria, en orden a mantener la conveniente nitidez de los mismos.

**28.** Partamos de GIANNINI, quien aunque en unas primeras palabras no mantenía el rigor diferenciador deseable, posteriormente salvaba en parte la situación. Hablaba este autor de que la deuda impositiva nace en el momento mismo en el que se verifica aquella particular situación de hecho, a la cual la ley conecta cada concreto impuesto, y que puede ser genéricamente indicada como el presupuesto del tributo. Señalaba GIANNINI que dicha situación de hecho se descompone fundamentalmente, en dos elementos distintos: uno es la cosa, el acto, el hecho o incluso la simple cualidad de la persona, que constituye, según las diversas leyes tributarias, el presupuesto objetivo del impuesto; el otro es la relación, también ésta establecida por la ley, en la que debe encontrarse el sujeto pasivo del tributo con aquel primer elemento. Destacaba este autor que sólo en los impuestos que soporta una persona por el simple hecho de que tenga una cierta cualidad, los dos elementos, material y personal, como se puede intuir, se identifican. Añadía este autor que el primer elemento (material) es aquel que más propiamente constituye el objeto del impuesto y sirve para diferenciar un impuesto de otro. Ahora bien, matizaba lo dicho GIANNINI señalando que la palabra objeto del impuesto muchas veces es empleada en sentido más restringido, para indicar solamente la cosa material, mueble o inmueble, que constituye uno de los elementos del presupuesto objetivo<sup>8</sup>.

**29.** Aunque en un segundo momento GIANNINI quiso poner de relieve la diferencia entre el objeto del impuesto y el plano objetivo o material del hecho imponible, lo que está claro es que en sus palabras sobra la referencia inicial a cosa, pues no se puede poner esta palabra al mismo nivel que las de acto o hecho, en el análisis de este tema, tal y como él hacía.

**30.** Dentro de la estructura del hecho imponible, PÉREZ ROYO distingue entre un «elemento material», un «elemento subjetivo», un «elemento espacial» y un «elemento temporal». Señala este autor que «entre estos elementos aparece, en primer lugar, el de carácter material, que viene a coincidir con la riqueza o manifestación de capacidad económica incorporada en el propio hecho imponible», añadiendo que «por ejemplo, en el IRPF, cuyo hecho imponible es la obtención de renta por el sujeto pasivo, el elemento material viene representado por el concepto de renta». Así, PÉREZ ROYO llega a indicar que «el elemento material o riqueza gravada viene a coincidir con otro concepto, que suele ser utilizado en la literatura e incluso en la legislación, como es el de objeto del tributo». De otro lado, este autor, después de hablar del elemento subjetivo del hecho imponible como «la relación, de hecho o jurídica, en que debe encontrarse respecto del elemento material del tributo la persona obligada a satisfacerlo», indica como ejemplo que «en el IRPF el elemento subjetivo viene representado por el concepto de “obtención por el sujeto pasivo” (de la renta)»<sup>9</sup>.

**31.** Una postura como la de PÉREZ ROYO en este tema guarda cierta coherencia interna. Si habla de la renta como el «elemento material» en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, deja lugar para hablar de la obtención de la misma como nexo entre la renta y el sujeto, hablando de tal obtención como elemento subjetivo del hecho imponible. Lo que sucede es que se reconduce el objeto de gravamen hacia el ámbito del hecho imponible, desdibujando la individualización que debe darse de ambos conceptos.

**32.** Una postura parecida a la que acabamos de ver, es la que sigue SOLER ROCH, quien señala que «el elemento subjetivo del hecho imponible es el nexo que la ley establece entre el elemento objetivo del hecho imponible y el sujeto pasivo». Fijándose esta autora en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, habla de «la obtención como el elemento subjetivo del hecho imponible de este impuesto», añadiendo que «la obtención es, efectivamente y con carácter general, el nexo entre la renta y el contribuyente de este impuesto»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. A.D. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Tributario*, reimpresión de la novena edición, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 94 y 95.

<sup>9</sup> Cfr. F. PÉREZ ROYO, *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, undécima edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 131 a 133.

<sup>10</sup> Cfr. M.T. SOLER ROCH, “La subjetividad tributaria en el nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, *Revista Técnica Tributaria*, nº 49, 2000, p. 91.

**33.** De las palabras de SOLER ROCH se podría decir algo similar a lo dicho en relación a la postura de PÉREZ ROYO. La posición de SOLER ROCH guarda coherencia interna, pues, hablando del elemento subjetivo del hecho imponible como el nexo entre el elemento objetivo de éste y el sujeto pasivo, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas presenta la obtención como el referido elemento subjetivo, lo cual implica haber situado la renta como el elemento objetivo del hecho imponible de este Impuesto. Esa definición del elemento subjetivo del hecho imponible es, en principio, coherente con la postura de identificar objeto de gravamen y elemento objetivo del hecho imponible. Lo que sucede es que esta identificación, a nuestro entender, viene a negar al objeto de gravamen la presencia que de por sí debe reconocérsele dentro de los institutos o conceptos configuradores de un impuesto, desdibujando su función en la delimitación de éste. Así pues, las posturas citadas vendrían a superponer el concepto de objeto de gravamen con el de hecho imponible, lo cual viene a desdibujar la ideal o necesaria individualización de estos conceptos dentro de la disciplina tributaria<sup>11</sup>.

**34.** Si se aproxima el concepto de aspecto material o de elemento objetivo del hecho imponible al concepto de objeto del impuesto<sup>12</sup>, eso da lugar a que posteriormente se llegue a hablar del elemento subjetivo del hecho imponible como la relación entre el sujeto pasivo y el hecho imponible o alguno de sus elementos o aspectos. Pero ello, como decimos, puede suponer desdibujar el contenido y función que se debe reconocer al objeto de gravamen dentro de la disciplina tributaria en la configuración del impuesto.

**35.** De otro lado, haciendo una separación entre aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible y objeto de gravamen, constituyendo el primero una acción o situación y el segundo la manifestación de riqueza sobre la que versa tal acción o situación, no se podría venir luego<sup>13</sup> a presentar el elemento subjetivo del hecho imponible como la relación del sujeto pasivo con el hecho imponible, pues tal relación puede derivar simplemente del verbo que describe la acción o situación en que consiste el referido aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible. De esta forma, para darle al elemento subjetivo del hecho imponible una función que lo individualice y le dé sustantividad propia dentro de la estructura del hecho imponible, se debe entender residenciando en el mismo las cualidades o características que debe reunir un sujeto para poder ser entendido como realizador del hecho imponible.

**36.** Ya que en su construcción PÉREZ ROYO se fija en el ejemplo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y SOLER ROCH pone de manifiesto su postura en relación al análisis de este Impuesto, habiéndonos detenido en estos dos autores, vamos a intentar explicar nuestra postura a partir de una ejemplificación sobre el mismo Impuesto.

---

<sup>11</sup> Señalaba VICENTE-ARCHE que «cabe una distinción entre hecho imponible y objeto del impuesto, siempre que al segundo se le atribuya un significado teleológico, o lo que es lo mismo, siempre que se equiparen objeto del impuesto y finalidad del mismo», añadiendo que «en este sentido puede sostenerse que el elemento material del presupuesto de hecho es un elemento *objetivo*, y distinguirlo, sin embargo, del objeto del impuesto» (“Consideraciones sobre el hecho imponible”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, nº 39, 1960, p. 570). Junto a ello, en materia de objeto de gravamen, la construcción doctrinal más completa podría ser la de FERREIRO, quien distingue entre «objeto material» y «objeto-fin» del tributo, refiriéndose el primero a la riqueza efectivamente gravada por cada tributo, mientras que el segundo consiste en la riqueza que se quiere gravar, entendida como fin o fines del tributo (“El objeto del tributo”, *Revista española de Derecho Financiero*, nº 10, 1976, pp. 229 y ss. Del objeto del tributo ya se había ocupado FERREIRO en su obra “Contribución Territorial Urbana: El objeto del tributo”, *Hacienda Pública Española*, nº 22, 1973, pp. 24 y ss.).

<sup>12</sup> Cosa distinta es lo que hacía SAINZ DE BUJANDA, distinguiendo entre objeto del hecho imponible y objeto del tributo. A tales efectos, este autor señalaba lo siguiente: «El objeto del hecho imponible es una expresión equivalente a la de presupuesto objetivo de la obligación tributaria, es decir, la situación de hecho -eliminado su aspecto subjetivo, que forma parte del presupuesto de hecho, considerado en su totalidad, pero no, como es obvio, de su elemento objetivo- que hace nacer la obligación tributaria; el objeto del tributo es la manifestación de la realidad económica -v. gr.: la renta, cuando se obtiene o cuando se gasta-, que se somete a imposición; la riqueza imponible son los bienes, rentas, patrimonios, u otros objetos, materiales o ideales, intrínsecamente considerados -abstracción hecha, por tanto, de la forma en que se manifiestan, que es el objeto del tributo- que forman parte del presupuesto objetivo de la obligación; los bienes gravados no son, en fin, sino una especie de riqueza imponible» (“Análisis jurídico del hecho imponible”, *cit.*, p. 843; y en *Hacienda y Derecho*, IV, *cit.*, p. 336).

<sup>13</sup> Problema que, en función de lo expuesto, no presentarían las posiciones de PÉREZ ROYO o SOLER ROCH, si bien parten de presupuestos distintos de esa delimitación que nosotros presentamos como punto de partida en nuestra construcción.

**37.** Si alguien entiende que en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la renta viene a constituir en sí el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible, ello podría empujarle a afirmar que la obtención de la misma constituiría el elemento subjetivo del hecho imponible, suponiendo la citada obtención la relación entre el sujeto pasivo y el hecho imponible, de forma que tal sujeto sería quien realizase la referida obtención. Pero ello llevaría, como se ha expuesto, a una confusión entre el concepto de objeto de gravamen y el de aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible. La renta debe ser clasificada como el objeto del Impuesto.

**38.** De esta manera, en relación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: el objeto de gravamen sería la renta; el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible sería la obtención que de la renta se da; el elemento subjetivo del hecho imponible vendría representado por las cualidades que debe reunir un sujeto para poder realizar el hecho imponible del mismo, que, en principio, consistirían en que se trate de una persona física e incluso que sea residente (veremos que en España para quedar sometido a este impuesto se exige que el sujeto sea residente en territorio español). La relación entre el contribuyente, como realizador del hecho imponible, y éste, se deriva de la acción en que consiste el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible del Impuesto. Tal acción es la citada obtención, lo que nos sitúa directamente ante la derivación del verbo obtener. El sujeto de este verbo será quien se presente como realizador del hecho imponible. Quien realiza la citada obtención será el contribuyente, de forma que en ésta consiste la relación entre el contribuyente y el hecho imponible, relación que extraemos de la configuración del aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible. Y todo sin olvidar que aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible y objeto del impuesto son conceptos individualizables y diferenciables en su funcionalidad, sin perjuicio de que los mismos, junto con tantos otros conceptos o institutos, se conjuguen en la configuración global del impuesto.

**39.** Por todo lo expuesto, aunque sus palabras pudiesen servir para revitalizar la atención sobre la figura del elemento subjetivo del hecho imponible, nos alejamos con nuestra postura de la visión de SARTORIO ALBALAT, quien señala que «hay que resaltar el papel que técnicamente corresponde al elemento subjetivo del hecho imponible dentro del proceso de imputación de efectos jurídicos a determinados sujetos ya que el hecho imponible se formula siempre, debido a su función de presupuesto de la obligación tributaria, en relación a alguien y determinar quién sea ese sujeto es misión específica del aspecto subjetivo del hecho imponible»<sup>14</sup>. No se puede atribuir a dos conceptos o institutos la misma función, pues ello les quitaría sustantividad propia, llevando a desdibujarlos. Por ello no consideramos como las más acertadas las citadas palabras de la mencionada autora, al igual que no compartimos las opiniones en tal sentido de los autores de los que nos hemos ocupado *supra*.

**40.** La repetición de funciones en dos aspectos o elementos distintos le quitaría lógica a la estructuración del hecho imponible, pues tal duplicidad restaría racionalidad al sistema, dado que conllevaría el no distinguir correctamente la funcionalidad de un concepto u otro dentro de la referida estructura. De este modo, si de la entidad en sí del aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible se puede derivar, ante la delimitación de este aspecto en relación a un impuesto concreto, una determinada utilidad con su simple contemplación directa, no tiene sentido atribuir tal utilidad como función al elemento subjetivo del hecho imponible, máxime cuando este elemento tiene otra funcionalidad propia que cumplir.

**50.** Se busque o no directamente y sea o no su eje o centro de atención principal en la definición del aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible, si algo deriva de la simple contemplación de este aspecto, no tiene sentido atribuir ese algo como función a otro elemento de la estructura del hecho imponible, como sería el elemento subjetivo de éste. Por ello, entendemos que no se debe presentar como función propia del elemento subjetivo del hecho imponible algo que puede derivar de

---

<sup>14</sup> Cfr. S. SARTORIO ALBALAT, “El contribuyente (Artículo 31)”, *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, Vol. I, cit., p. 531.

la simple contemplación del aspecto material de su elemento objetivo, con lo que nos apartaríamos de la opinión doctrinal más extendida, tal y como hemos podido comprobar, opinión doctrinal mayoritaria que, a nuestro entender, debería ser revisada, en función de lo expuesto.

## **B) Aspecto espacial: territorio**

**51.** Debemos prestar más atención al aspecto espacial del elemento objetivo del hecho imponible, que al resto de aspectos de este elemento objetivo, también en su delimitación frente al subjetivo, dada la importancia que cobra en este otro elemento la vinculación del sujeto que realiza el hecho imponible con el territorio. Esta mayor atención que intentaremos brindar al aspecto espacial, frente a la que dedicaremos a otros aspectos del elemento objetivo, esperamos que sirva para sentar unas bases tendentes a la mejor delimitación y comprensión de las cuestiones territoriales que intentamos situar en sede de elemento subjetivo del hecho imponible.

**52.** El aspecto espacial del elemento objetivo del hecho imponible hace referencia al territorio en que se debe dar el acto o situación en que consiste el aspecto material de ese elemento objetivo para que se pueda considerar realizado el hecho imponible. Así pues, se hace referencia al territorio en que se debe dar el acto o situación para que se pueda entender realizado el hecho imponible<sup>15</sup>. De esta forma, el aspecto territorial del elemento objetivo del hecho imponible hace referencia a la conexión con el territorio del aspecto material de éste, o sea, a la conexión con el territorio de los citados acto o situación.

**53.** En ocasiones el acto o situación puede darse en cualquier lugar del mundo. En otros casos el acto o situación debe darse necesariamente dentro del territorio nacional, en cualquier parte de éste. En otros impuestos sólo pueden darse el acto o situación en ciertas partes del territorio nacional. También hay que tener en cuenta que en el caso de tributos propios de entes menores que el Estado se gravan actos o situaciones que se dan en relación a su territorio.

**54.** Frente al aspecto territorial del elemento objetivo del hecho imponible, podemos encontrar otra circunstancia territorial en la configuración del hecho imponible, relativa no al acto o situación, sino al sujeto realizador de aquél o que se encuentre en ésta, es decir, relativos al contribuyente. Se trata del factor residencia.

**55.** Existen hechos imposables que sólo pueden ser realizados, en principio, por sujetos residentes en el territorio del Estado impositor, de forma que el impuesto sólo se aplique en relación a estos

---

<sup>15</sup> En relación a la cuestión del lugar de realización del hecho imponible, podríamos detenernos en lo que señalaba BERLIRI sobre este punto. Destacaba BERLIRI que la indagación tendente a determinar dónde se ha realizado concretamente el presupuesto de hecho de la relación jurídica impositiva «podrá dar lugar a graves cuestiones de hecho y a elegantes cuestiones de derecho». Pero señalaba este autor que «hasta que el presupuesto se ha verificado todo en el territorio nacional o todo en el extranjero no pueden surgir cuestiones de interpretación tendentes a determinar», de un lado, «si exista una norma que excepcione al principio de la territorialidad del impuesto de manera que la relativa relación jurídica nazca también en relación a un hecho verificado en el extranjero, o, al contrario, no surja en relación a un hecho verificado en el territorio del Estado», y del otro, «cuál sea exactamente el presupuesto de hecho con respecto al cual verificar dónde éste se haya realizado; por ejemplo ante un rendimiento que derive de una actividad desarrollada en Italia pero percibido en el extranjero será necesario determinar si el presupuesto de hecho del impuesto local sobre las rentas sea el desarrollo de una actividad o la percepción del relativo rendimiento». Después, destacaba BERLIRI que «cuando por el contrario el presupuesto de hecho se verifica en parte en el territorio del Estado y en parte en el extranjero entonces surge un distinto y más delicado problema» y, así, señalaba: «Si la obligación tributaria nace cuando un determinado hecho imponible se verifica en el territorio nacional es obvio cómo cada vez que éste se verifique, sea incluso sólo en parte, en el extranjero no se habrá realizado la hipótesis prevista por el legislador y entonces la obligación no habrá surgido. De otro lado, dado el principio según el cual no se puede proceder a la integración de la norma que determina el presupuesto de hecho de un tributo, no se puede tampoco sostener la aplicabilidad del impuesto en la hipótesis en examen sobre la base de una aplicación analógica de la norma». Añadía este autor que «ya que por lo demás ello significaría, en la práctica, la exención de todas las rentas producidas por actividades desarrolladas en el territorio de más Estados, de un lado la doctrina y la jurisprudencia no han aplicado siempre rigurosamente estos principios o han trasladado los términos de la cuestión buscando transferirla sobre un terreno de hecho (qué parte de la renta pueda entenderse producida en el territorio del Estado) del otro los Estados han intentado resolver el problema mediante apropiados convenios internacionales o mediante expresas normas de la ley» (*Corso istituzionale di Diritto tributario*, cit., pp. 217 y 218).

sujetos. Es el caso, por ejemplo, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en España, que ya sólo grava la renta de los residentes en territorio español. La circunstancia de ser residente en territorio español forma parte del elemento subjetivo del hecho imponible, dado que para que se pueda entender que un sujeto realiza el hecho imponible de este impuesto es necesario que reúna esa circunstancia o cualidad, es decir, la de ser residente en nuestro territorio. La residencia se presentaría, pues, como una cualidad que se integraría en el elemento subjetivo del hecho imponible, delimitando qué tipo de sujetos podrían realizar éste. De esta forma, en principio, la residencia no afectaría al aspecto espacial o territorial del elemento objetivo del hecho imponible, sino al elemento subjetivo de éste.

**56.** Lo mismo puede suceder con la residencia en negativo, es decir, con la no residencia. Por ejemplo en España, la circunstancia de no ser residente en territorio español la debe reunir un sujeto para que se entienda que puede realizar el hecho imponible del Impuesto sobre la Renta de No Residentes en este país. El no tener residencia en territorio español sería una cualidad o circunstancia que se integraría en el elemento subjetivo del hecho imponible de este Impuesto, pues sería una cualidad que debe reunir un sujeto para que pueda realizar el citado hecho imponible.

**57.** Así, por ejemplo, la no residencia afectaría al elemento subjetivo del hecho imponible del Impuesto sobre la Renta de No Residentes español, mientras que la necesidad de que la renta se obtenga en territorio español afectaría al aspecto territorial del elemento objetivo del hecho imponible; piénsese en lo que sería el régimen aplicable a los no residentes sin establecimiento permanente en territorio español, dejando a un lado, en principio, la tributación por las rentas mundiales de los establecimientos permanentes situados en territorio español.

**58.** Lo que sucede con el gravamen de las rentas de los no residentes con establecimiento permanente en España en el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes es que tales sujetos tributan en España, desde un punto de vista material, por las rentas mundiales imputables al establecimiento permanente, o sea, por todas las rentas obtenidas a través del establecimiento permanente situado en territorio español, con independencia del país en el que se hayan obtenido de forma efectiva. Lo que sucede es que la normativa reguladora de este tema hace referencia al mismo de dos formas: de un lado, se habla de que los no residentes con establecimiento permanente tributan por las rentas mundiales imputables al establecimiento con independencia de dónde se hayan obtenido de forma efectiva y, de otro, se establece que todas las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente situado en territorio español, a efectos fiscales, se consideran obtenidas en este territorio. En el fondo las dos referencias conducen a lo mismo. Pero con esa referencia legal a que todo lo obtenido a través de un establecimiento permanente situado en España a efectos del Impuesto sobre la Renta de No Residentes español se considera obtenido en territorio español, reconduce el tema formalmente al parámetro de que los no residentes sólo tributan por las rentas obtenidas en territorio español, pues todo lo obtenido a través de un establecimiento permanente situado en España, a los mencionados efectos fiscales, se considera obtenido en nuestro territorio, con independencia del país en que se haya obtenido de forma efectiva. Esto vendría a salvar desde un punto formal las salvedades que hemos hecho *supra* en función de que la renta del no residente se obtenga o no a través de un establecimiento permanente situado en territorio español.

**59.** Saliéndonos ya del estricto punto anterior y recapitulando lo que veníamos exponiendo, las circunstancias territoriales no tienen que ver sólo con el acto o situación sobre el que se estructura el hecho imponible, sino que también se encuentran en relación con el sujeto que puede realizar éste. Se puede decir, pues, que hay un aspecto territorial no sólo en relación al elemento objetivo del hecho imponible, sino que también se puede reconocer, como distinto del anterior, un aspecto territorial del elemento subjetivo del hecho imponible. Circunstancias territoriales se pueden dar, pues, tanto en relación al elemento objetivo, como en relación al elemento subjetivo.

**60.** Por lo expuesto, residencia y no residencia pueden formar parte del elemento subjetivo del hecho imponible, mientras que las referencias al lugar en que se pueda o tenga que dar el acto o situación

sobre los que se estructure el hecho imponible afectarían al aspecto territorial del elemento objetivo de éste. De este modo, no todas las condiciones o factores de carácter territorial se concentran, en la configuración de la estructura del hecho imponible, en el aspecto territorial del elemento objetivo de éste, sino que dentro de su elemento subjetivo también podemos encontrar factores o circunstancias de vinculación o no vinculación con el territorio del Estado impositor del sujeto que realiza el acto o situación sobre los que se articula el hecho imponible.

**61.** De esta forma, mientras, al enumerar los elementos y aspectos de la estructura del hecho imponible, SAINZ DE BUJANDA hablaba sólo de un aspecto espacial o territorial en relación al elemento objetivo del hecho imponible, nosotros entendemos que también podría incluso llegar a hablarse, teniendo presentes especialmente ciertos impuestos ya mencionados en parte, de otro aspecto territorial distinto del anterior, o sea, del aspecto territorial del elemento subjetivo del hecho imponible.

**62.** No queremos decir con esto que SAINZ DE BUJANDA desconociese la importancia del factor residencia, sino que en esa enumeración de aspectos dentro de los elementos, se podría pensar en si sólo se deben describir aspectos dentro del elemento objetivo o si también debería hacerse dentro del subjetivo. Para empezar, se podría hablar del aspecto territorial del elemento subjetivo y, frente a éste, del personal (o no territorial) del mismo elemento, incluyendo en este último aspecto las cualidades no territoriales que deba reunir el sujeto. Pero yendo más allá y más específicamente, quizás los aspectos podrían ser el territorial, el personal (que afectaría a la nacionalidad y a si debe tratarse de una persona física o de una persona jurídica) y el profesional (que se fijaría en la condición de empresario o profesional del contribuyente o en su vinculación laboral o funcionarial con un Estado o con una organización internacional).

**63.** De esta manera, dentro del elemento subjetivo del hecho imponible se podrían distinguir tres aspectos: el territorial, el personal y el profesional. Sobre ellos volveremos más adelante. No obstante, esas tres posibles formas o perspectivas de contemplación del elemento subjetivo del hecho imponible se darían dentro del lado pasivo del mismo y frente a éste estaría, como hemos apuntado, el lado activo.

**64.** Seguramente la falta de enumeración o delimitación en concreto de aspectos dentro del elemento subjetivo del hecho imponible por SAINZ DE BUJANDA se debiese a las realidades impositivas existentes en el momento en que escribía, cuando todavía no existían, por ejemplo, un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sólo para residentes y un Impuesto sobre la Renta de No Residentes, como actualmente sucede en España. De todas formas, dentro del antiguo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas español el régimen de obligación personal de contribuir y el régimen de obligación real representaban, en la práctica, dos impuestos sobre la renta distintos: el aplicable a los residentes y el aplicable a los no residentes<sup>16</sup>. No obstante, sobre este punto y sobre tal reforma y evolución en la imposición sobre la renta en el Ordenamiento tributario español tendremos ocasión de volver más adelante.

**65.** Quizás, al habernos ocupado en este apartado del aspecto espacial o territorial del elemento objetivo del hecho imponible, debemos hacer referencia aquí a los puntos de conexión con el territorio para la sujeción al Poder Tributario del Estado, aunque tales puntos de conexión no sólo afectan a ese aspecto, o sea, no sólo al referido aspecto espacial del elemento objetivo del hecho imponible, sino también al elemento subjetivo de éste. Los puntos de conexión de las manifestaciones de riqueza que se someten a gravamen son muy diversos<sup>17</sup>. Dependen de la manifestación de riqueza que se grava, del

<sup>16</sup> Además, aún bajo la vigencia del antiguo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en su antigua versión que abarcaba a residentes y no residentes, se introdujo en nuestro Sistema tributario el que entonces se llamaba «Impuesto» Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades No Residentes y que en su actual versión comienza su denominación, como tendremos ocasión de apreciar más adelante, con el término «Gravamen».

<sup>17</sup> Señala JÁRACH que los puntos de conexión del hecho imponible con el sujeto activo, llamados por este autor «momentos de vinculación de la relación jurídica tributaria», constituyen un elemento de esta relación jurídica, sin el cual no nace la misma (*El hecho imponible*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 206).

tipo de tributo con que se grava, de los posibles límites jurídicos al gravamen existentes en cada caso y de las opciones de política socio-económica que siga el legislador tributario. La mayoría de los puntos y criterios usados por la ley tributaria describen una conexión con el territorio del Estado impositor, pero no todos; por ejemplo, se puede encontrar un punto de conexión basado en la nacionalidad, punto de conexión de carácter personal y sobre el que volveremos más adelante.

**66.** En el caso del Poder Tributario de las organizaciones internacionales, dado que éstas son sujetos de Derecho Internacional pero no de base territorial<sup>18</sup>, se podría pensar que los puntos de conexión para definir las manifestaciones de riqueza que aquéllas someten a gravamen no pueden tener carácter territorial. No debe ser así necesariamente, sino todo lo contrario. En la delimitación de las manifestaciones de riqueza sobre las que inciden los tributos de las organizaciones internacionales se encuentran puntos de conexión ocupacionales o profesionales. Así sucede en el caso de los impuestos sobre los salarios de sus funcionarios y agentes, donde el punto de conexión utilizado es la existencia de una relación funcional o laboral del sujeto con la organización. Pero las organizaciones internacionales pueden también tomar en consideración el territorio de sus Estados miembros, gravando hechos que se produzcan en el mismo, describiendo así puntos de conexión territoriales, en cuanto delimitados tomando como base tal territorio.

**67.** También, si pensamos en las tasas por las actividades y servicios públicos que prestan el Estado u otros entes, en general no se puede decir que en relación a las mismas la ley tributaria use puntos de conexión territoriales. Aunque la actividad o servicio público por el que se exija una determinada tasa se desarrolle en el territorio del Estado, no es propiamente un vínculo territorial el que determina la obligación de pagar ésta, sino que, por el contrario, lo que se presenta aquí como definitorio es tener la condición de sujeto petionario o beneficiario de la actividad administrativa o del servicio público. En suma, sería, así, una posición personal en relación a la actividad o al servicio la definitoria en la sujeción al pago de la tasa.

**68.** La norma tributaria puede utilizar un único punto de conexión o varios y en este segundo caso los puede tomar en consideración con carácter alternativo, bastando la presencia de solamente uno de ellos para que se deba aplicar el tributo, o con carácter acumulativo, debiendo darse varios conjuntamente para que se pueda aplicar el tributo.

**69.** Los puntos de conexión normalmente toman como base vínculos relativos al objeto de gravamen, al aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible o al sujeto realizador de éste. Pero esto no quita que se pueda pensar en otros, como, por ejemplo, vínculos con sujetos intervinientes en una acción o situación que no sean el sujeto realizador del hecho imponible o, por ejemplo también, el lugar donde se producen los efectos jurídicos civiles del acto revelador de capacidad contributiva.

**70.** Tanto en materia de impuestos directos, como en materia de impuestos indirectos, la norma tributaria puede describir un punto de conexión con el territorio de carácter objetivo o de carácter subjetivo. Los puntos de conexión tendrían carácter subjetivo cuando tomen en consideración un vínculo relativo a un sujeto, sea éste el sujeto realizador del hecho imponible o algún otro sujeto interviniente en la acción o situación que hace nacer el gravamen. Tendrían, por el contrario, carácter objetivo todos aquellos que parten de una vinculación con el territorio del objeto de gravamen, del aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible o de algún otro factor que, por contraposición a los antes descritos, no tome en consideración la relación de un sujeto con el territorio.

**71.** Cuando en la imposición directa un Estado adopta un sistema de imposición universal, en el sentido de gravar la renta mundial de un sujeto, la ley tributaria parte de una conexión subjetiva, en

---

<sup>18</sup> El territorio no es uno de sus elementos constitutivos.



concreto de una conexión del sujeto realizador del hecho imponible, que normalmente consiste en la residencia de éste; en estos casos, dándose una vinculación del sujeto realizador del hecho imponible con el territorio del Estado impositor, se gravarán todas sus rentas, aunque hayan sido obtenidas en el extranjero. Así, la obtención de renta –sobre la que se estructura el hecho imponible de los impuestos sobre la renta– puede darse fuera del territorio del Estado impositor y quedar tales rentas gravadas por éste.

72. Por el contrario, cuando un Estado quiere gravar solamente las rentas obtenidas en su territorio –sea porque rechace un sistema de gravamen mundial o porque actúe en sede de sujetos no residentes–, la ley tributaria utiliza criterios de sujeción de carácter objetivo.

73. Una consideración general de los sistemas tributarios de los distintos Estados nos puede hacer ver cómo éstos, en general, usan en materia tributaria puntos de conexión con el territorio, sean de carácter objetivo o subjetivo, siendo mucho menos utilizado un criterio de conexión con el Estado impositor que se presente como puramente personal.

74. Pues bien, como se puede apreciar en función de lo expuesto, los puntos de conexión con el Poder Tributario del Estado no sólo afectarían al aspecto espacial o territorial del elemento objetivo del hecho imponible, sino que también juegan en materia del elemento subjetivo de éste.

### C) Aspecto temporal

75. La dimensión temporal del hecho imponible aparece conectada al devengo<sup>19</sup> y, en su caso, al período impositivo del impuesto, situándonos ante la diferencia entre impuestos periódicos e impuestos instantáneos. Sólo en los primeros existe período impositivo y, al final del mismo, se produce el devengo del impuesto. No existiría tal período en el caso de los impuestos instantáneos. En los impuestos periódicos el hecho imponible se prolonga a lo largo de todo el período impositivo, devengándose, al final de éste, una unitaria obligación tributaria. En el caso de los impuestos instantáneos con cada acto se devenga el impuesto, sin que el hecho imponible se prolongue a lo largo de un período impositivo, período que, como hemos apuntado, no existe en este tipo de impuestos.

76. No debe confundirse nunca el período impositivo con un período de liquidación, pues en algunos impuestos instantáneos puede que en una misma declaración-liquidación a presentar en un determinado plazo se deba declarar conjuntamente el resultado de varios hechos imponibles (relativos, eso sí, al mismo impuesto), o sea, que se trate de una declaración-liquidación correspondiente a todos los hechos imponibles que se hayan dado en el período de liquidación del impuesto.

77. Debemos fijarnos en que las características o cualidades del sujeto que realiza el hecho imponible pueden influir en que se devengue un impuesto de una u otra forma y, así, en que exista o no período impositivo. Tales cualidades o características del sujeto ya de por sí nos pueden situar ante un impuesto u otro, impuesto que puede estar configurado como instantáneo o como periódico. Pensemos por ejemplo en ciertas diferencias que se pueden dar en tal sentido entre la tributación de residentes y de no residentes. Alguna conexión se puede encontrar, pues, entre el aspecto territorial del elemento objetivo del hecho imponible y el elemento subjetivo de éste.

---

<sup>19</sup> No obstante, PIÑA GARRIDO señala que el devengo es «no tanto el elemento temporal del hecho imponible, como afirma gran parte de nuestra doctrina, como, simplemente, el momento del nacimiento de la obligación tributaria», añadiendo esta autora que «en realidad, toda obligación o derecho de crédito se origina en un cierto momento, que es el de su devengo» (*El devengo y el período impositivo en el sistema tributario español*, Cóllex, Madrid, 1997, pp. 278 y 279). Como definición del devengo, podríamos destacar la de ALONSO GONZÁLEZ, quien señala que «el devengo del tributo es el momento en el cual la ley fiscal entiende realizado el hecho imponible del tributo con el efecto de hacer nacer la obligación de tributar» (*Devengo del tributo y período impositivo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 443).

## D) Aspecto cuantitativo

78. Las circunstancias del hecho imponible influyen en la cuantificación del impuesto<sup>20</sup>. Ahora bien, no es sólo la medición cuantitativa del acto o situación y la consideración material de éstos, fijándonos en su objeto, lo que determina la cuantía de la obligación tributaria, sino que también las características del sujeto que realiza el hecho imponible pueden influir en la cuantificación del impuesto. De esta forma, se puede encontrar una conexión entre elemento subjetivo del hecho imponible y cuantificación del impuesto.

79. Además de la existencia del aspecto cuantitativo del elemento objetivo del hecho imponible, al elemento subjetivo de éste también se le debe reconocer cierta conexión con la cuantificación de la obligación tributaria, pues ésta se realizará de distinta forma dependiendo de las circunstancias del sujeto, circunstancias que son las determinantes de que estemos ante un impuesto u otro, diferencia entre impuestos que determina diferencias en la cuantificación de las obligaciones tributarias devengadas a partir de manifestaciones de capacidad económica en principio similares. Pero puede incluso suceder que, dentro de un mismo impuesto, la distinta condición del sujeto pueda determinar la cuantificación de aquél de una u otra manera.

80. Más allá del rigor y delimitación conceptual de los elementos y aspectos a que venimos haciendo referencia aquí, se pueden poner de manifiesto, junto a los presupuestos de naturaleza objetiva que se deben tomar en consideración en la cuantificación del tributo, los presupuestos, a veces previos, de naturaleza subjetiva o relativos a la condición del sujeto, desde los que se edifican los diferentes esquemas de cuantificación impositiva.

### 3. Elemento subjetivo del hecho imponible versus sujeto pasivo

81. Como ya hemos expuesto *supra*, desde su perspectiva pasiva, el elemento subjetivo del hecho imponible hace referencia a las circunstancias, cualidades y características que debe reunir un sujeto para que se pueda entender que un acto realizado por él o una situación en que se encuentre puedan representar la realización de un determinado hecho imponible. Es decir, se trata de las cualidades o características que debe reunir un sujeto para que pueda realizar un determinado hecho imponible.

82. Se reconocen dos maneras en las que se puede ser sujeto pasivo de un tributo: o bien como contribuyente, o bien como sustituto de éste, es decir, como sustituto del contribuyente. Contribuyente es el sujeto que realiza el hecho imponible. En caso de existir en un tributo sustituto, éste sería el sujeto que la ley sitúa en lugar del contribuyente para hacer frente al pago de la deuda tributaria.

83. Si el contribuyente es el sujeto que realiza el hecho imponible y el elemento subjetivo de éste hace referencia a las cualidades o características que debe reunir el sujeto realizador del hecho imponible, vemos una clara conexión entre el concepto de sujeto pasivo, en su condición de contribuyente, y el concepto de elemento subjetivo del hecho imponible.

84. De esta forma, quién pueda ser el contribuyente no es algo que nos deba venir dado por la regulación del sujeto pasivo en la ley propia de un tributo, sino que es algo que derivaría simplemente de la descripción del hecho imponible. Será contribuyente quien reúna las condiciones en que consista el elemento subjetivo del hecho imponible y que realice el acto o se encuentre en la situación en que consista el aspecto material del elemento objetivo de aquél, siempre que se den los demás aspectos y requisitos para que se pueda entender realizado el hecho imponible.

---

<sup>20</sup> Señala RAMALLO MASSANET que «los problemas de la cuantificación de las prestaciones, y en particular de la base imponible, son problemas que se arrastran y arrancan del hecho imponible; problemas cuya comprensión y análisis, por tanto, en modo alguno pueden escapar a un planteamiento conjunto con el de la institución nuclear (JARACH, SAINZ DE BUJANDA) del Derecho Tributario» («Hecho imponible y cuantificación de la prestación tributaria», *Revista española de Derecho Financiero*, nº 20, 1978, p. 606).

**85.** Pues bien, las características y condiciones en que pueda consistir el elemento subjetivo del hecho imponible a veces el legislador tributario las ha recogido o recoge en un precepto que lleva por rúbrica “sujeto pasivo” o en un precepto en sede de sujeto pasivo o dentro de los preceptos que deberían estar simplemente dedicados a la descripción de éste. Sin embargo, como hemos expuesto, la descripción de las condiciones, características o cualidades que debe reunir un sujeto para poder realizar un determinado hecho imponible es algo que se correspondería con la función de la descripción del elemento subjetivo del hecho imponible. Se trataría, pues, de condiciones, cualidades o características que, aunque relativas al sujeto, deberían aparecer en sede de hecho imponible, si se quiere mantener un rigor dogmático y conceptual en nuestra disciplina.

**86.** Así pues, por ejemplo, cuando la condición de ser residente en el territorio del Estado impositor aparece como un requisito necesario para poder realizar el hecho imponible de un impuesto, la descripción de tal residencia o condición de residente no se debería realizar por el legislador tributario en sede de sujeto pasivo, sino en sede de hecho imponible.

**87.** No obstante, como hemos apuntado, no es difícil encontrar casos en los que el legislador tributario se aleje del rigor conceptual que debería mantener, pues a veces incluye la delimitación o descripción de cualidades que debe reunir un sujeto para poder realizar el hecho imponible dentro de la regulación del sujeto pasivo, en vez de hacerlo dentro de la del hecho imponible, que es como, según hemos expuesto, se debería hacer desde la perspectiva de una dogmática depurada.

**88.** Frente a la función que entendemos que se debe reconocer al elemento subjetivo del hecho imponible, la función de la descripción del sujeto pasivo del tributo debería limitarse a la regulación de los aspectos relativos a éste que no consistan en una simple descripción de las cualidades necesarias para que se entienda que un sujeto puede realizar el hecho imponible.

**89.** Así, por ejemplo, la descripción de si un sujeto va a tener que hacer frente al pago de un tributo en calidad de sustituto, es una cuestión que correspondería a la descripción legal del sujeto pasivo. De esta forma, pudiendo un sujeto pasivo serlo en calidad de contribuyente o en calidad de sustituto, la descripción de este último debe realizarse en sede de regulación del hecho imponible, mientras que la delimitación y descripción de las cualidades o características que debe reunir un sujeto para que se pueda entender que su situación o actos puedan representar un determinado hecho imponible, correspondería a la función de la regulación del elemento subjetivo del hecho imponible. Así pues, existen datos relativos al contribuyente que deberían aparecer en sede de hecho imponible, como integrantes del elemento subjetivo de éste, y no dentro de la regulación del sujeto pasivo del tributo.

**90.** Por poner otro ejemplo más de una cuestión propia de la sede del sujeto pasivo y no del elemento subjetivo del hecho imponible, se puede citar el instituto de la inversión del sujeto pasivo en el Impuesto sobre el Valor Añadido. Así pues, no es que con la descripción del campo del elemento subjetivo del hecho imponible hayamos vaciado (ni hayamos querido vaciar) de contenido el ámbito propio del sujeto pasivo, pues son muchas las cuestiones que deben ser tratadas propiamente en sede de sujeto pasivo. Lo que sí es evidente es que hay que mantener una línea de división dogmática entre el ámbito del elemento subjetivo del hecho imponible y el del sujeto pasivo de una forma más clara que como se ha venido haciendo hasta ahora, pues en ocasiones doctrina y legislador no han sabido mantener la debida diferenciación dogmático-científica.

**91.** De otro lado, una cuestión que sería difícil de medir es la de si la doctrina ha volcado más su atención hacia el sujeto pasivo que hacia el elemento subjetivo del hecho imponible. Quizás aquí nos movamos más bien ante la impresión que nos sugiere una visión global de la evolución de nuestra doctrina, especialmente en atención a las obras que citamos a lo largo de este trabajo. No se trata tanto de pesar los kilos de papel que se han volcado en un concepto o en otro, sino de averiguar si, cuando hubiese procedido lo contrario, se le ha restado protagonismo o atención al elemento subjetivo del hecho imponible,

residenciando ciertas cuestiones o estudios en sede de sujeto pasivo y quizás podría apostarse por que la fantástica medida en función de los mencionados kilos de papel nos daría a día de hoy un resultado en el mismo sentido. A nuestro parecer, probablemente se pueda afirmar que la doctrina en ocasiones ha dado un protagonismo a la perspectiva del sujeto pasivo en cuestiones que más bien se deberían haber residenciado en sede de elemento subjetivo del hecho imponible, impresión que surge de manera, al mismo tiempo y paradójicamente, espontánea y reflexiva, ante la lectura de las obras que nos han conducido a decidimos a la elaboración de este trabajo, la mayoría de éstas citadas en el mismo<sup>21</sup>. Por ello apuntamos nuestra opinión en tal sentido. Quizás en la no del todo correcta o acertada actuación de nuestra doctrina en ocasiones en el sentido expuesto, se pueda encontrar en parte la causa de los paralelos deslices del legislador en este punto, al no encontrar el mismo un asentado y riguroso referente doctrinal en esta problemática.

**92.** En ocasiones para la configuración del hecho imponible no se toman en consideración sólo la condición, cualidades o características del sujeto que se entiende como realizador del hecho imponible, sino también la condición, cualidades o características de algún otro sujeto que interviene en el acto, acción o situación sobre la que se estructura el hecho imponible, sin que este otro sujeto se entienda como realizador del mismo. Si tuviésemos que reconducir o encuadrar la condición, cualidades o características de ese otro sujeto en los elementos de la estructura del hecho imponible, dado que se trata, como decimos de condiciones o cualidades que se predicán de un sujeto, quizás lo más correcto sea considerarlas incluidas en la delimitación del elemento subjetivo del hecho imponible. Ante ello y aunque el tomar en consideración características de un sujeto distinto del realizador del hecho imponible en la delimitación de éste no sea lo más habitual, no podríamos circunscribir ya en todos los casos la definición del elemento subjetivo del hecho imponible en relación al contribuyente o realizador del hecho imponible, además, obviamente, de la consideración del sujeto activo.

**93.** Lo que acabamos de exponer se puede presentar como otro argumento en contra de la consideración del elemento subjetivo del hecho imponible como la relación del sujeto pasivo con el acto o situación sobre el que se estructura aquél, o sea, no se puede definir el elemento subjetivo del hecho imponible como la relación del sujeto pasivo con el elemento objetivo del mismo, más en concreto, con su aspecto material.

**94.** La presencia también de una posición activa dentro del elemento subjetivo del hecho imponible y la posible toma en consideración, dentro de este mismo elemento, no sólo de las condiciones, cualidades o características relativas al contribuyente, o sea, no solamente las relativas al sujeto realizador del hecho imponible, sino también condiciones o cualidades relativas a otros sujetos intervinientes en el acto o situación sobre la que se estructura el hecho imponible, impiden definir el elemento subjetivo de éste como la simple relación del mismo con el sujeto pasivo<sup>22</sup>.

**95.** Como ejemplo de la toma en consideración, en la configuración de un hecho imponible, de condiciones, cualidades o características relativas a un sujeto distinto del que se entiende como realizador de aquél, podríamos fijarnos, por ejemplo, en las adquisiciones intracomunitarias en el Impuesto sobre el Valor Añadido. Dejando a un lado el régimen particular de las adquisiciones intracomunitarias de medios de transporte nuevos, podemos fijarnos ahora en la definición general del hecho imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido en materia de adquisiciones intracomunitarias. Aunque el citado hecho imponible,

<sup>21</sup> Frente a nuestra visión de este tema, encontramos una opinión distinta de GONZÁLEZ SÁNCHEZ sobre esta problemática. Este autor vierte tal opinión en una obra dedicada esencialmente a los sujetos activos. Pues bien, a pesar de tratarse fundamentalmente de una obra sobre la perspectiva activa y no pasiva, encontramos en la misma la opinión de que «no es al estudio del sujeto al que la doctrina ha dedicado mayor atención, sino que se ha centrado especialmente en el análisis del hecho imponible», añadiendo a continuación de lo anterior que «se ofrece una faceta objetiva de la relación tributaria, por la importancia que se ha dado al hecho imponible, y aun se ha hablado del aspecto subjetivo del hecho imponible, pero esto no tendría más justificación que un planteamiento del aspecto objetivo del sujeto pasivo» («El Estado, los entes locales y otros sujetos», *Tratado de Derecho Tributario*, II, Editorial Temis, Bogotá, 2001, p. 136). Pero, como decimos, frente a la opinión que consideramos errónea de este autor, nuestra visión de este tema es bien distinta, en función de lo que exponemos en este trabajo.

<sup>22</sup> Definición doctrinal de la que nos hemos ocupado *supra*, citando sus principales defensores.

al consistir en una adquisición, se entienda realizado por el adquirente, para que se entienda que se ha dado el mismo es necesario, entre otros requisitos, que el transmitente tenga la condición de empresario o profesional. Este requisito es una condición relativa a un sujeto que interviene en la acción o situación sobre la que se estructura el hecho imponible y que no se entiende como realizador de éste. Por ello, tal condición de empresario o profesional del transmitente habría que incluirla dentro del elemento subjetivo de ese hecho imponible<sup>23</sup>. Este empresario o profesional de lo que se considerará realizador es de un hecho imponible distinto, realizado en el Estado desde el que realice la transmisión y que constituirá en éste, no una adquisición intracomunitaria, sino una operación interior, aunque se trate de una entrega de bienes exenta.

96. Lo expuesto representa un ejemplo de que dentro del elemento subjetivo del hecho imponible se deben tomar en consideración no sólo cualidades o circunstancias relativas al sujeto que se entienda como realizador del mismo, sino también cualidades o características relativas a otros sujetos que intervienen en la acción o situación sobre la que se estructura el hecho imponible. Aunque esto último no sea lo más habitual en la configuración normativa de los hechos imponibles, como posibilidad y realidad existente, debe ser tomado en consideración dentro del elemento subjetivo del hecho imponible. Todo ello, obviamente, si queremos dar una visión completa de este elemento, sin olvidar la presencia también en el mismo de la posición relativa al sujeto activo.

### III. Aspectos del elemento subjetivo del hecho imponible: la residencia como territorial frente a la nacionalidad como personal

97. Como ya hemos apuntado *supra*, dentro del elemento subjetivo del hecho imponible se debe distinguir entre un lado, perspectiva o posición pasiva y un lado, perspectiva o posición activa. La posición pasiva haría referencia al sujeto realizador del hecho imponible, concretando las cualidades, condición o características que debe reunir tal sujeto. De otro lado, la posición activa haría referencia al ámbito del sujeto activo.

98. También ya hemos adelantado que se pueden distinguir distintas formas de configuración de la posición pasiva del elemento subjetivo del hecho imponible. Si se quiere, para seguir el término que hemos visto que SAINZ DE BUJANDA utilizaba en la delimitación de los componentes del elemento objetivo del hecho imponible, se podría hablar de aspectos. Al igual que este autor hablaba de distintos «aspectos» dentro del elemento objetivo del hecho imponible, nosotros, siguiendo ese mismo término, proponemos hablar de distintos “aspectos” del elemento subjetivo del hecho imponible, para hacer referencia a los distintos componentes o formas de configuración de este elemento.

99. Según ya hemos expuesto *supra*, podríamos distinguir entre un aspecto territorial, un aspecto personal y un aspecto profesional del elemento subjetivo del hecho imponible. En una primera aproximación, el aspecto territorial haría referencia a si es necesaria la condición de residente o la de no residente para poder entender que un sujeto realiza el hecho imponible, o si, por el contrario, para que se entienda que un sujeto realiza éste es indiferente su vinculación (o desvinculación) al territorio del Estado impositor, o sea, o si es indiferente que sea residente o no residente en éste.

100. Siguiendo con esa primera aproximación a la definición de los aspectos del elemento subjetivo del hecho imponible, en segundo lugar, se podría hablar del aspecto personal para hacer referencia, de un lado, a si es necesario que el sujeto tenga la nacionalidad del Estado impositor para poder realizar el hecho imponible y, de otro, a si debe ser persona física o, por el contrario, persona jurídica para que se pueda entender que el hecho imponible puede ser realizado por un determinado sujeto<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Obviamente, la condición o cualidades que se exigen en relación al adquirente (contribuyente) también formarían parte del elemento subjetivo del referido hecho imponible.

<sup>24</sup> A ello se podría sumar la posible toma en consideración o no de los entes sin personalidad jurídica en materia tributaria.

**101.** Denominamos personal a este segundo aspecto, en primer lugar, por la contraposición que se hace entre los términos personal y territorial, al hablar de la nacionalidad frente a la residencia, en la contemplación de los posibles puntos de conexión del tributo con el territorio del Estado impositor. En segundo lugar, porque en el mismo nos planteamos también si es necesario un tipo concreto de personalidad en un sujeto, para que se pueda entender que un acto o situación de éste puede constituir el hecho imponible.

**102.** Así pues, en materia de aspecto personal del elemento subjetivo del hecho imponible se analizaría si para que un determinado acto o situación de un sujeto pueda constituir el hecho imponible de un tributo, es necesario que tal sujeto tenga nacionalidad del Estado impositor o si, por el contrario, es indiferente cuál sea ésta. Como sabemos, en la mayoría de los ordenamientos tributarios de los Estados desarrollados, a la hora de estructurar los problemas de fiscalidad internacional se suele partir de la residencia o no residencia del sujeto y no de su nacionalidad o extranjería. De todos modos, existen Estados en los que la tributación por las rentas mundiales de un sujeto se sigue fijando en la nacionalidad de éste. No obstante, también en muchos Ordenamientos tributarios donde se parte esencialmente de la residencia o no residencia del sujeto pasivo, quedan algunas implicaciones del elemento nacionalidad, como, por ejemplo, en materia de fiscalidad de las rentas del personal diplomático o consular, o en materia de sujetos que trasladan su residencia a un paraíso fiscal.

**103.** Como decíamos, también en materia de aspecto personal del elemento subjetivo del hecho imponible se debe entrar en la consideración de si el hecho imponible de un impuesto sólo puede ser realizado por personas físicas, sólo por personas jurídicas o si es indiferente, para entender que se ha realizado, que el sujeto que lo realice sea persona física o jurídica.

**104.** En tercer lugar, en esta primera aproximación a la definición o delimitación de los aspectos del elemento subjetivo del hecho imponible, debemos fijarnos en el aspecto profesional de este elemento. Utilizamos aquí el término “profesional” no en un sentido tan estricto como cuando se emplea en algunas leyes tributarias para definir al titular o la forma de determinadas actividades económicas por cuenta propia, sino como una idea más amplia en el sentido de ocupación. Bien es cierto que, en relación a este aspecto profesional, dentro de la problemática a la que afecta, en la mayoría de los supuestos que podrían analizarse, deberíamos entrar en la contemplación de ese concepto de “profesional” en el citado sentido estricto, más reducido que el de simple ocupación. Pero en otros supuestos también hay que tomar en consideración el concepto de profesional como ocupación del sujeto, distinta de la calificación como profesional que hacen diversas leyes fiscales, pues en ocasiones se estructuran hechos imposables sobre ocupaciones que se salen de esa estricta condición de profesional a efectos fiscales. Pero saliendo de esos estrictos efectos fiscales y contemplando el significado que en el lenguaje usual puede adquirir el término “profesional”, como similar a lo relativo a la ocupación de un sujeto, entendemos que es el calificativo que se debe dar al aspecto al que ahora hacemos referencia del elemento subjetivo del hecho imponible.

**105.** Pues bien, por ejemplo, para que se pueda realizar el hecho imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido es necesario, en principio, al menos en el caso de las operaciones interiores, que la operación (entrega de bienes o prestación de servicios) sea realizada por un empresario o profesional. Lo empresarial en sentido estricto podría ir más allá de lo profesional, pero dada la manera en que nosotros utilizamos aquí este término, se puede hablar de actividad profesional de un empresario para hacer referencia a la propia de su actuación en su empresa. Y ello sin perjuicio de que a algunos efectos distintos en otros impuestos se deba distinguir entre empresarios y profesionales.

**106.** De otro lado, por ejemplo, volviendo al supuesto del Impuesto sobre el Valor Añadido, dentro del elemento subjetivo del hecho imponible de este Impuesto, nos encontramos con que es necesario, en principio, que la operación sea realizada por un empresario o profesional para que quede sujeta a aquél, es decir, para que se pueda entender realizado el hecho imponible del Impuesto sobre el Valor

Añadido, dejando a un lado las importaciones y algún supuesto especial de adquisiciones intracomunitarias (medios de transporte nuevos). Esa condición de empresario o profesional se integraría, pues, en el aspecto profesional del elemento subjetivo del hecho imponible de este Impuesto.

**107.** Obviamente, por el contrario, en otros muchos casos ese aspecto profesional juega de forma abierta, en el sentido de que quien puede realizar el hecho imponible no tiene porqué ser un empresario o profesional. Piénsese, por ejemplo, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, donde quien puede presentarse como sujeto realizador del hecho imponible de este Impuesto puede ser cualquier sujeto (eso sí, persona física –por ejemplo en España además se exige que sea residente–) que obtenga una renta, con independencia de que sea o no empresario o profesional, sin perjuicio de las normas específicas de cuantificación de los rendimientos de actividades económicas, de origen empresarial o profesional, y de las demás normas específicas para este tipo de rendimientos, como, por ejemplo, en materia de pagos a cuenta<sup>25</sup>.

**108.** Así pues, por lo que respecta al aspecto profesional del elemento subjetivo del hecho imponible en relación a algunos impuestos se exige que el acto sobre el que se estructura el hecho imponible sea realizado por un empresario o profesional y en otros impuestos, para que un acto represente el hecho imponible de los mismos, es indiferente que quien realice tal acto sea o no empresario o profesional.

**109.** Pero, como hemos apuntado, utilizamos aquí el término “profesional” para calificar un aspecto del elemento subjetivo del hecho imponible, yendo más allá de la calificación estricta como empresario o profesional a efectos de ciertos impuestos, hablando nosotros, pues, de aspecto profesional en el sentido más amplio y usual de ocupación.

**110.** De este modo, vinculado también al aspecto personal antes citado, nos encontramos con que el hecho de que la ocupación de un sujeto, de nacionalidad del Estado impositor, esté al servicio de este Estado, por ejemplo desarrollando una función diplomática o consular en el extranjero, hace que su obtención de renta represente el hecho imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En relación a tal tipo de sujetos, nos encontraríamos con que en el aspecto personal del elemento subjetivo de este Impuesto podría entrar en juego el factor nacionalidad del Estado impositor. Y en el aspecto profesional de ese mismo elemento subjetivo podría entrar en juego la ocupación del sujeto al servicio del Estado impositor, lo que afectaría a sus rentas mundiales.

**111.** Como distinto del anterior, nos podríamos fijar en el Impuesto sobre los sueldos, salarios y emolumentos de los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea, que representa un tributo propio de ésta y que satisfacen a la misma tales funcionarios o agentes por las rentas que obtengan de ella. De esta forma, en el aspecto profesional del elemento subjetivo del hecho imponible del Impuesto sobre los sueldos, salarios y emolumentos de los funcionarios y agentes de la Unión Europea, se integraría tal condición de funcionario o agente al servicio de ésta.

**112.** Vemos, pues, cómo dentro del aspecto profesional del elemento subjetivo del hecho imponible pueden entrar condiciones, factores o requisitos en ese sentido amplio de ocupación, más allá de la estricta consideración como empresario o profesional a efectos de otros impuestos, consideración que, obviamente, también entraría, y como punto esencial o protagonista, en el citado aspecto profesional del estudiado elemento de la estructura del hecho imponible<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> En otras ocasiones la ausencia de la forma de empresario o profesional no juega en sentido abierto de por sí a partir del elemento subjetivo del hecho imponible, sino en sentido negativo partiendo de la inexistencia de una actividad empresarial o profesional, en sede de aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible.

<sup>26</sup> Para ir cerrando esta primera aproximación a la contemplación del aspecto profesional del elemento subjetivo del hecho imponible y volviendo a lo que se ha apuntado anteriormente sobre el principal (pero no único, como hemos visto) campo de actuación de este aspecto en la práctica, o sea, al campo de la condición de empresario o profesional en sentido estricto, debemos recordar la diferencia que se puede ver, en su localización dentro de la estructura del hecho imponible, entre ese concepto de

**113.** Distinto ya de lo anterior, en un plano más general, en la división o diferenciación que hemos realizado de distintos aspectos dentro del elemento subjetivo del hecho imponible en su posición pasiva, nos encontramos con que, en ocasiones, alguno de ellos no tiene una presencia definitoria de una forma positiva (o negativa) en la definición de una característica que se deba (o no se deba) reunir, sino simplemente una presencia abierta en el sentido de determinar que es indiferente que concorra o no tal característica o cualidad del sujeto, es decir, dejando abierta la posibilidad a que, desde una determinada perspectiva (o aspecto), cualquier tipo de sujeto pueda realizar el hecho imponible. Esto no implica que en esa división dogmática en distintos aspectos del elemento subjetivo del hecho imponible, cada aspecto, para reconocerle su condición de tal dentro de esa estructura, tenga necesariamente que consistir en todos los impuestos en una cualidad, circunstancia o característica que necesariamente se debe dar o que es necesario que no se dé en relación al sujeto. Puede existir un aspecto como tal, en la configuración general de los aspectos del estudiado elemento subjetivo, que simplemente deje abierta la posibilidad a que un sujeto pueda realizar el hecho imponible de un impuesto con independencia de que se dé o no se dé en él una determinada característica o cualidad, es decir, dejando abierta la posibilidad en tal aspecto, sin concretar nada en tal sentido.

**114.** Piénsese, por ejemplo, dentro del aspecto profesional del elemento subjetivo del hecho imponible, en que existe un gran número de impuestos en que un sujeto puede realizar el hecho imponible de los mismos con independencia de que sea o no empresario o profesional, o sea, impuestos en los que es irrelevante de cara a la posible realización del hecho imponible que tenga o no la condición de empresario o profesional el sujeto que realiza el mismo. Esto no sería un impedimento para entender que se debe reconocer un aspecto profesional en la delimitación general de la estructura del elemento subjetivo del hecho imponible. Si se quiere de otro modo, también se podría defender que el simple hecho de dejar abierta la posibilidad de realización del hecho imponible a cualquier tipo de sujeto con independencia de su condición o cualidades supone ya de por sí la presencia de tal aspecto, simplemente porque con tal presencia del mismo en ese sentido abierto está dejando sentir su presencia de alguna manera; como decimos, en sentido abierto y no siempre en sentido positivo o negativo estricto.

---

empresario o profesional y la referencia al ejercicio o desarrollo de una actividad empresarial o profesional. Centrémonos, para ello, en el caso del Impuesto sobre el Valor Añadido. En el supuesto de las operaciones interiores, el hecho imponible de este Impuesto, sin perjuicio de otros aspectos, aparece representado, en esencia, por la realización de entregas de bienes y prestaciones de servicios por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. El requisito de que en el Impuesto sobre el Valor Añadido la operación deba ser realizada por un empresario o profesional, se integra, como hemos apuntado, en el elemento subjetivo del hecho imponible; más en concreto, en el aspecto profesional de este elemento. Pero, de otro lado, además de que se integre en el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible de este Impuesto el que deba tratarse de la realización de entregas de bienes o de prestaciones de servicios, se va a integrar también en ese mismo aspecto material el requisito de que estas operaciones se realicen en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, de forma que cuando un empresario o profesional actúe al margen del ejercicio de su actividad empresarial o profesional sus actos no podrán representar la realización del citado hecho imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido. De esta forma, en este Impuesto, en materia de operaciones interiores, el requisito de que quien realiza éstas tenga la condición de empresario o profesional formaría parte del aspecto profesional del elemento subjetivo del hecho imponible, mientras que el requisito adicional de que tales actividades se den dentro del desarrollo de la actividad empresarial o profesional del sujeto se integraría en el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible, dado que este último requisito haría referencia al acto en sí y a la manera y situación en que éste se realiza. Cuestión distinta es que la ley reguladora de un impuesto para definir lo que deba entenderse por empresario o profesional, además de otros supuestos especiales o no habituales de éstos, defina el supuesto habitual de empresario o profesional como aquel sujeto que desarrolla una actividad empresarial o profesional. En este caso la referencia a la actividad empresarial o profesional no se hace ya en sede de aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible, sino para definir la condición de empresario o profesional y, así, en cierto modo, afectando a la configuración del concepto que sirve de base a la articulación del elemento subjetivo del hecho imponible. Se trataría de algo que no se fija en sí en el acto que se grava en un momento concreto, sino en la generalidad de actos del sujeto. De todas formas, podemos comprobar cómo en el Impuesto sobre el Valor Añadido, impuesto central de la imposición indirecta en toda la Unión Europea en base a la armonización fiscal comunitaria, junto al supuesto habitual o tradicional de empresario o profesional, definido a partir del ejercicio de una actividad empresarial o profesional en su sentido usual, existen otros supuestos de empresarios o profesionales por definición legal, contruidos incluso sobre la base de una posible operación aislada y al margen de la necesidad de que deba tratarse de un sujeto que de forma habitual desarrolle una actividad empresarial o profesional. Pero aun en esos casos del supuesto habitual o tradicional de empresario o profesional, una cosa sería la referencia al ejercicio de una actividad empresarial o profesional para definir al sujeto que recibe la consideración de empresario o profesional y que, así, puede realizar el hecho imponible (elemento subjetivo de éste) y otra cosa distinta de la anterior es el requisito de que el acto de ese sujeto deba darse dentro del desarrollo de la actividad empresarial o profesional del mismo (requisito este último ya en sede, como hemos expuesto, de aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible).



**115.** Y lo que decimos no valdría sólo para el aspecto profesional, sino igualmente para cualquier otro aspecto que queramos reconocer dentro de la estructura de ese elemento subjetivo, como son también el personal y el territorial.

**116.** Si nos fijamos en la división de aspectos que SAINZ DE BUJANDA realizaba dentro del elemento objetivo del hecho imponible, por ejemplo entre los mismos se encuentra el aspecto espacial o territorial y éste no siempre se concreta en todos los impuestos en un sentido positivo de que el acto o situación se deba dar en un determinado territorio (ni en un sentido negativo de que no tenga que darse en el mismo). Existen impuestos donde, de cara a entender realizado el hecho imponible, es indiferente que el acto o situación se dé en el territorio del Estado impositor o que se dé en otro territorio. Pensemos, por ejemplo, en la tributación de la renta de los residentes, donde la residencia forma parte del elemento subjetivo del hecho imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas español. El que la obtención de renta se dé en un territorio u otro eso sí podría formar parte del aspecto territorial del elemento objetivo del hecho imponible. Sería en tal caso indiferente, para que se entienda realizado el hecho imponible, que la obtención de renta se dé en territorio del Estado impositor o en territorio extranjero.

**117.** Pues bien, el dato de que para tal tributación de la renta de los residentes no exista una concreción en sentido positivo o negativo, sino simplemente una delimitación abierta (no limitación) de la manera expuesta, no puede ser utilizado para rebatir que dentro de la estructura de aspectos del elemento objetivo del hecho imponible que delimitó SAINZ DE BUJANDA se deba reconocer un aspecto territorial o espacial. El aspecto territorial del elemento objetivo del hecho imponible se reconoce dentro de la delimitación general de la estructura de éste a pesar de lo expuesto.

**118.** Por ello, de forma paralela, no hay ningún problema en defender que se pueden reconocer dentro de la delimitación general de la estructura del elemento subjetivo del hecho imponible tres aspectos como son el territorial, el personal y el profesional, a pesar de que en el caso de algunos impuestos funcionen de una forma abierta, en el sentido expuesto, y no de una manera limitativa, ni como limitación en sentido positivo, ni como limitación en sentido negativo. Se pueden encontrar, pues, sólidos argumentos que justifican y refuerzan la división en aspectos que proponemos del elemento subjetivo del hecho imponible<sup>27</sup>.

#### IV. Consideraciones constitucionales

**119.** Es necesario analizar si del Derecho Constitucional derivan límites en materia de fiscalidad internacional. Para ello, debemos partir del análisis de la posible influencia en este tema de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 31 de la Constitución española de 1978, en el cual se establece que «todos

---

<sup>27</sup> Como cuestión distinta ya de lo anterior, debemos recordar que no se debe perder de vista que esa división o estructuración que hacemos del elemento subjetivo del hecho imponible en tres aspectos, territorial, personal y profesional, la hacemos desde la posición pasiva del citado hecho imponible y que frente a esa posición pasiva también se debe reconocer la posición activa en el estudiado elemento subjetivo. Posición pasiva relativa al sujeto que realiza el correspondiente acto o se encuentra en la correspondiente situación y posición activa relativa al ente público titular o acreedor de la deuda tributaria devengada como consecuencia de la realización del hecho imponible. Recapitulando, pues, dentro de la estructura del elemento subjetivo del hecho imponible, hay que distinguir entre una posición pasiva y una posición activa y dentro de aquélla, o sea, dentro de la posición pasiva del elemento subjetivo del hecho imponible, se podrían distinguir un aspecto territorial, un aspecto personal y un aspecto profesional. En toda relación obligacional existe una parte deudora y una parte acreedora. A la primera se le suele denominar como el lado pasivo de la obligación y a la segunda como el lado activo de la misma. No siempre el sujeto obligado al pago del tributo es el sujeto que ha realizado el acto (o que se encuentra en la situación) sobre el que se articule el hecho imponible. Pero como en la mayoría de los supuestos es tal sujeto el que realiza tal pago y si no otro sujeto que tenga alguna relación con quien realiza el citado acto (o con éste) o se encuentra en la citada situación, hemos optado por dar el calificativo de pasiva a la posición del elemento subjetivo que se corresponde con tal sujeto al que se refiere el acto o situación mencionados, dejando el calificativo de activa para la posición correspondiente al ente público titular o acreedor del tributo, estando situado tal acreedor en el lado activo de la obligación tributaria. Se justifica, así pues, la utilización de los calificativos de pasiva y activa para hacer referencia a las dos posiciones, lados o perspectivas contrarias desde las que se puede contemplar el elemento subjetivo del hecho imponible.

contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio». Entre otros principios, este artículo de la Constitución viene a consagrar el principio de generalidad en materia tributaria.

**120.** Aunque este precepto se encuentra situado en al Sección 2ª del Capítulo II del Título Primero, Sección que tiene por rúbrica «De los derechos y deberes de los ciudadanos», la referencia genérica que el mismo hace a «todos» -sin mencionar expresamente a «los españoles», cosa que sí se hace en otros preceptos de nuestra Constitución y de esta misma Sección- quiere indicar que son destinatarios de tal deber tanto los españoles como los extranjeros<sup>28</sup>. Es más, el artículo 31.1 habla al mismo tiempo de «todos» y de «igualdad», por lo que incluyéndose en esa referencia a todos tanto los nacionales, como los extranjeros, le afectaría a ambos tal igualdad, con lo que la sujeción a nuestros impuestos se va a dar para ambos tipos de sujetos en igualdad de condiciones.

**121.** De la puesta en relación de los citados términos «todos» e «igualdad» de este artículo de la Constitución se puede derivar, pues, una igualdad de trato entre españoles y extranjeros en nuestro Sistema impositivo. En este sentido se movería el artículo 15 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>29</sup>, al disponer que españoles y extranjeros estarán sujetos a los mismos impuestos en nuestro Estado. Pero la idea que deriva de la Constitución es más amplia que la letra de este artículo 15, dado que, como apuntamos, del artículo 31.1 de aquélla se podría deducir una igualdad de trato fiscal entre españoles y extranjeros, que no sólo implicaría que ambos tipos de contribuyentes queden sujetos a los mismos impuestos, sino también que cada impuesto en concreto se aplique en iguales términos a unos y otros.

**122.** En el constitucionalismo histórico español encontramos, como referencias a los destinatarios del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, que se hablaba de «todo español» en el artículo 8 de la Constitución de 1812, en el artículo 6 de la Constitución de 1837, en el artículo 28 de la Constitución de 1869 y en el artículo 3 de la Constitución de 1876. Después, en el artículo 9 del Fuero de los Españoles de 1945 se hablaba, a tales efectos, de «los españoles». Así, la Constitución española de 1978 introduce en esta materia un importante cambio en su artículo 31.1, eliminando la referencia expresa a los españoles en la delimitación de los sujetos vinculados por tal deber y permitiendo, de esta manera, incluir también a los extranjeros en el ámbito del mismo, con una genérica referencia a «todos».

**123.** Este precepto de nuestra Constitución se inspira seguramente en el artículo 53 de la Constitución italiana, artículo este último que ha sido objeto de una gran atención por parte de la doctrina de aquel país, también en materia de fiscalidad internacional. La similitud con el mismo de nuestro artículo 31.1 nos hace ocuparnos de ese precepto italiano y de la doctrina<sup>30</sup> que lo ha estudiado en aquello que ahora nos afecta, dado que se trata de consideraciones que pueden encontrar también aplicación en relación a nuestro Derecho Constitucional.

**124.** El primer párrafo del artículo 53 de la Constitución italiana de 1947 dispone que «todos están obligados a concurrir a los gastos públicos en razón de su capacidad contributiva». El hecho de que se hable en este precepto simplemente de «todos» sin más especificaciones ha hecho que, en base a ello, la mayor parte de la doctrina italiana entienda, a nuestro parecer fundadamente, que pueden ser titulares del deber previsto en el artículo 53 tanto los nacionales como los extranjeros<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> En este sentido, véanse, entre otros, L.M. CAZORLA PRIETO, Comentario al «Artículo 31», *Comentarios a la Constitución* (dirigidos por F. GARRIDO FALLA), 2ª edición, Civitas, Madrid, 1985, p. 642, y C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, *Sistema tributario español y comparado*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, p. 107.

<sup>29</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

<sup>30</sup> El anclaje constitucional de las cuestiones de las que aquí nos ocupamos ha recibido una mayor atención por parte de la doctrina italiana, que ha estudiado tales cuestiones con mayor profundidad que nuestra doctrina.

<sup>31</sup> Véanse G. FAZIO, *Il Bilancio dello Stato*, quarta edizione, Giuffrè, Milano, 1992, p. 102; F. FORTE, «Note sulle norme tributarie costituzionali italiane (a proposito dei contributi di Benvenuto Griziotti al Diritto Finanziario)», *Jus*, marzo, 1957, Fasc. I, p. 390; E.

**125.** Este precepto, a diferencia de otros que le preceden o le siguen en la misma Constitución, no habla expresamente de los ciudadanos. Y si comparamos este artículo 53, en la evolución del Derecho italiano, con el artículo 25 del Estatuto Albertino, vemos el distinto sentido de este último, dado que hacía referencia, como titulares de tal deber, a «*tutti i regnicoli*».

**126.** Distinta a la expuesta se presenta la opinión de BERLIRI<sup>32</sup>, el cual, en la respuesta al interrogante que se planteaba sobre a quién hace referencia el artículo 53 de la Constitución italiana cuando dice «*todos*», señalaba que tales sujetos son los ciudadanos. Para este autor todos los ciudadanos y sólo éstos tienen el citado deber constitucional de contribuir al mantenimiento del Estado. Pero BERLIRI señalaba que esto no excluye en absoluto que la ley pueda dispensar a algunos de ellos, en particular a los ciudadanos residentes en el extranjero, de contribuir o que, por el contrario, pueda llamar a contribuir también a los extranjeros, en particular a aquellos que tengan algún interés patrimonial en el Estado impositor o que residan en éste. Según este autor, el que éste sea el efectivo alcance del artículo 53 de la Constitución italiana resulta claro: en primer lugar, de su colocación en el título dedicado a las relaciones políticas, esto es, a las relaciones que presuponen la posesión del estatuto de ciudadano; en segundo lugar, del hecho de estar precedido o seguido por normas tendentes todas a disciplinar los deberes de los ciudadanos; en tercer lugar, del hecho de que si destinatarios de la norma fuesen también los extranjeros, la misma resultaría absurda o cuanto menos imperfecta desde el punto de vista formal y de interpretación necesariamente arbitraria; en cuarto lugar, del hecho de que una norma que llamase a los extranjeros -también aunque solamente fuese a algunos- a contribuir en base a su capacidad contributiva sería de aplicación imposible, ya que el Estado impositor no está en grado de conocer la capacidad contributiva de los extranjeros, no pudiendo determinar los bienes que los mismos poseen en el extranjero; y, en quinto lugar, del hecho de que una norma que declarase sometidos a suministrar al Estado impositor los medios necesarios para su funcionamiento no sólo a los ciudadanos, sino también a los extranjeros, o a algunos de ellos, tendría necesariamente dos distintas justificaciones, una para los extranjeros y otra para los ciudadanos.

**127.** Con respecto al tercer, cuarto y quinto fundamento de su planteamiento, BERLIRI profundizaba especialmente. Así, en relación al argumento señalado en tercer lugar, indica que si destinatarios de la norma del artículo 53 fuesen también los extranjeros, esta norma resultaría absurda desde el punto y hora en que se entendiese, siguiendo su formulación literal, que todos los hombres, todos los habitantes de la Tierra estuviesen obligados a contribuir a los gastos del Estado impositor. En relación también al argumento indicado en tercer lugar, señala que la norma contenida en el artículo 53 resultaría cuanto menos imperfecta si se entendiese que está dirigida, además de a los ciudadanos, también a algunos extranjeros. Así interpretada, señalaba que la misma resultaría privada de una parte esencial, más precisamente de las indicaciones del criterio en base al cual discriminar a los extranjeros obligados a contribuir frente a los exentos de tal deber. Y, en defecto de tal indicación, señalaba que su interpretación y aplicación resultarían si no imposibles, sí necesariamente arbitrarias.

**128.** En relación al argumento indicado en cuarto lugar, añadía que la capacidad contributiva del extranjero, debiendo éste contribuir también a los gastos de su propio Estado, se vería reducida por efecto de los impuestos aplicados por tal Estado, con la consecuencia de que un derecho típicamente inherente a la soberanía, como es el de procurarse, mediante los impuestos, los medios financieros

---

GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 412; G. INGROSSO, *Diritto Finanziario*, Jovene, Napoli, 1954, pp. 121 y 122, y, del mismo autor, "Tributi e Costituzione", *Diritto e Pratica Tributaria*, Parte Prima, 1964, pp. 24 y 25; G. LOMBARDI, "Problemi costituzionali in materia tributaria", *Temì tributaria*, 1961, p. 341; F. MAFFEZZONI, "Valore positivo dei principi costituzionali in materia tributaria", *Jus*, marzo, 1956, Fasc. I, p. 326; I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'Ordinamento costituzionale italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1965, p. 22; G.A. MICHELI, "Profili critici in tema di potestà di imposizione", *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Parte I, 1964, p. 22, y, del mismo autor, *Corso di Diritto Tributario*, UTET, Torino, 1989, p. 13; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, CEDAM, Padova, 1973, p. 213; C. SACCHETTO, "Territorialità (diritto tributario)", *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992, pp. 315 y 316.

<sup>32</sup> Cfr. A. BERLIRI, "L'obbligo di contribuire in proporzione della capacità contributiva come limite alla potestà tributaria", *Scritti scelti di Diritto Tributario*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 503 a 505.

necesarios para el mantenimiento del Estado, dependería, aunque sólo fuese en parte, de la acción de otro Estado.

**129.** Y con respecto al argumento indicado en quinto lugar, señalaba que en relación a los ciudadanos es fácil individualizar, de conformidad con una tradición más que milenaria, el fundamento del deber de contribuir a los gastos públicos en el interés del ciudadano en la subsistencia del Estado. Destacaba que tal interés no tiene necesidad de ser demostrado, porque es consustancial a la cualidad de ciudadano, siendo absurdo, en lógica, que un Estado no subsista en el interés de sus propios ciudadanos. Añadía BERLIRI que en relación a los extranjeros, por el contrario, el interés en la subsistencia del Estado impositor no puede obviamente hacerse derivar de su cualidad de extranjeros, sino que debe ser vinculado a una particular relación -residencia, posesión de bienes, etc.- con el Estado impositor. De aquí la necesidad de individualizar, en la norma que los llama a contribuir, tal particular relación. Señalaba que, en definitiva, pues, si el mencionado artículo 53 se refiere sólo a los ciudadanos, éste encuentra en sí mismo su propia justificación lógica: El ciudadano, justo por su condición de tal, tiene interés en que el Estado subsista y por tanto tiene el deber de suministrarle los medios económicos necesarios para su funcionamiento, siendo éste el pensamiento de toda la filosofía cristiana desde Santo Tomás en adelante. Si, por el contrario, el artículo 53 se refiriese tanto a los ciudadanos como a los extranjeros, entonces, mientras para los ciudadanos valdría cuanto se ha dicho antes, para los extranjeros el fundamento de la norma debería residir en un interés concreto de este o aquel particular en el mantenimiento del Estado impositor, y por tanto la justificación del citado artículo 53 no se encontraría ya contenida en la norma misma, sino que debería buscarse fuera de ésta en una situación de hecho cuanto menos opinable y no evidenciada por la norma constitucional, según este autor.

**130.** En relación a la formulación literal del artículo 53, BERLIRI señalaba que es el único argumento que parece oponerse a interpretar este artículo en el sentido de que el mismo obligue a contribuir a los gastos públicos sólo a los ciudadanos. Destaca que mientras todos los otros artículos comprendidos en el título IV de la Constitución italiana especifican expresamente que los deberes previstos en ellos (voto, servicio militar, fidelidad, etc.) son a cargo de los ciudadanos, el artículo 53 dispone que «*tutti sono tenuti...*». Ya que la omisión de la mención de los ciudadanos no es ciertamente involuntaria, ello podría significar que el deber de contribuir no pese solamente sobre los ciudadanos. Ante esto, BERLIRI señalaba que el argumento, cuya seriedad es innegable, se supera sin embargo fácilmente sobre la base de los trabajos preparatorios de los que resulta de modo inequívoco que en el artículo 53 se ha usado la expresión «*tutti*» en vez de «*tutti i cittadini*» en el temor de que esta última locución pudiese legitimar la duda de si el Estado no puede someter a imposición a los extranjeros. Pero, según BERLIRI, tal preocupación, dado lo que se ha señalado *supra*, se vería claro que carecía de fundamento.

**131.** Añadía BERLIRI que indudablemente la afirmación de que todos los ciudadanos tienen el deber de contribuir a los gastos públicos excluye que tal deber corresponda también a los extranjeros. Pero destacaba que, dado que el carácter ilimitado de la soberanía consiente al Estado imponer a cualquiera sujeto cualquier deber que no esté excluido por la Constitución, la afirmación -prevalentemente política- de que los ciudadanos tienen el deber cívico de contribuir a su mantenimiento no habría legitimado nunca la conclusión de que entonces el Estado no podía gravar a los extranjeros. Destacaba que la Constitución italiana no enuncia todos los deberes de los sujetos a la soberanía del Estado (ciudadanos y extranjeros), no declara que los ciudadanos tengan el deber de quitar la nieve, de asistir a la escuela, de prestar el servicio del trabajo en los casos previstos por la ley, de cumplir las numerosas obligaciones previstas por las leyes sanitarias y de policía, ni menciona, aunque sea genéricamente, las diversas prestaciones impuestas a los extranjeros, y nadie duda, ni podría hacerlo, de la constitucionalidad de las leyes que imponen tales deberes y ello justamente porque la soberanía consiente al Estado imponer a través de la ley cualquier prestación que no esté prohibida por la Constitución. Y terminaba BERLIRI señalando que tampoco el que la Constitución precise que algunos tienen el deber de hacer algo quiere decir que el Estado no tenga el derecho a exigir la misma prestación a otros sujetos.

**132.** También GARBARINO entiende referido el término «*tutti*» del artículo 53 de la Constitución italiana a los ciudadanos, o sea, a los nacionales, basándose en la ubicación sistemática de este precepto dentro de esa Constitución<sup>33</sup>.

**133.** Según AMORTH, el deber previsto en el artículo 53 de la Constitución italiana se presenta como un deber político, que nace de la participación en la vida de la comunidad y que se conecta al primario deber de fidelidad, que debería precisamente plasmarse en su cumplimiento<sup>34</sup>. Pero debemos destacar que, como ha señalado MANZONI, la tesis según la cual el deber tributario no sería sino una expresión del primario deber de fidelidad es no sólo inadecuada para encuadrar e ilustrar los diversos aspectos del contenido del mismo, sino que además se encontraría en oposición al dictado del citado artículo 53, el cual, con la adopción del indefinido «*todos*», demuestra del modo más evidente cómo el estado de ciudadanía no sea en absoluto requisito indispensable a efectos de la titularidad del deber tributario<sup>35</sup>.

**134.** El deber de contribuir a la financiación de los gastos públicos se encuentra en relación con la idea de solidaridad y debemos tener en cuenta que también los extranjeros se ven afectados por tal deber de solidaridad, en cuanto participen en la vida económica y/o social del Estado. Totalmente a olvidar nos parece, pues, la opinión de FASOLIS, que señalaba que la razón que justifica la imposición de los extranjeros reposa únicamente en el deber que éstos tienen del pago del precio de los servicios recibidos del Estado<sup>36</sup>.

**135.** Destaca LOMBARDI que el deber de prestación tributaria, establecido en el artículo 53 de la Constitución italiana, se comporta como especificación en el sector económico del deber general de solidaridad contemplado en el artículo 2 de esa misma Constitución. Y señala este autor que la imposición tributaria no trae origen de razones de estricta solidaridad política, sino que éstas asumen un relieve de carácter accesorio e indirecto. Señala que estando los ciudadanos unidos al Estado por deberes de solidaridad política además de deberes de naturaleza económica y, en sentido amplio, social, es de observar que justo en la medida en que los primeros deberes no operan para los extranjeros, emerge con suficiente nitidez que la ciudadanía adquiere en este orden normativo la función de elemento diferenciador de la intensidad y de los límites según los cuales el deber de prestación tributaria grava a cuantos están sometidos al poder estatal. Añade este autor que, en otras palabras, pues, la solidaridad política asume la función de graduar, en extensión y profundidad, la participación en los gastos públicos postulada por la solidaridad económica, que de este modo contribuye además a determinar concretamente<sup>37</sup>.

**136.** Es necesario ahora examinar si el elemento ciudadanía puede legitimar un diferente tratamiento tributario de nacionales y extranjeros a la luz de la Constitución. Cuando se trate de una tasa por la realización de una actividad administrativa que pueda afectar solamente a los extranjeros, no existen problemas para admitir la posibilidad de la misma, sobre todo por su relación con un gasto público divisible y con un beneficiario perfectamente individualizable. El problema se presentaría en el ámbito de los impuestos.

**137.** El planteamiento de LOMBARDI citado *supra* se mueve en el sentido de aceptar la graduación de la imposición teniendo en cuenta el elemento ciudadanía. Nosotros, por el contrario, estamos de acuerdo con la opinión en este tema de BISCOTTINI, según el cual el artículo 53 de la Constitución italiana que, dado su tenor generalísimo, vale también, como hemos visto, para los extranjeros, tiene como efecto determinar la ilegitimidad de discriminaciones basadas en la ciudadanía o nacionalidad, en cuanto la capacidad contributiva, con independencia de cómo se la quiera entender, implica la necesidad de

<sup>33</sup> Cfr. C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, CEDAM, Padova, 1990, p. 175.

<sup>34</sup> Cfr. A. AMORTH, *La Costituzione Italiana. Commento sistematico*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 70.

<sup>35</sup> Cfr. I. MANZONI, *ob. cit.*, p. 22.

<sup>36</sup> Cfr. G. FASOLIS, *Le doppie imposizioni*, Casa Editrice S. Lapi, Città di Castello, 1914, p. 60.

<sup>37</sup> Cfr. G. LOMBARDI, “Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria”, *Temi tributaria*, 1964, pp. 597 y 606-607.

utilizar como presupuestos tributarios sólo elementos aptos para individualizar la abstracta posibilidad del sujeto pasivo de soportar el impuesto en una determinada medida<sup>38</sup>.

**138.** Estamos también de acuerdo con el planteamiento de MANZONI, según el cual no se ve cómo sea posible -a paridad de situaciones de capacidad contributiva territorialmente relevantes- una diferente graduación de la carga tributaria entre un ciudadano y un extranjero, simplemente sobre la base de su distinta condición política. Ello significaría subordinar la concreta determinación de la medida del tributo a una condición que la Constitución italiana, y su artículo 53 en particular, no prevén en absoluto. Ni parece lícito interpretar el mismo concepto de capacidad contributiva -a menos que se considere este concepto, aunque sea normativamente entendido, como privado de contenido objetivo- en función de elementos, como que el sujeto pasivo sea o no ciudadano, de los que el artículo 53, con el indefinido todos, muestra claramente su voluntad de prescindir. No existe ninguna razón para que el extranjero que resida, opere y desarrolle toda su actividad en Italia deba ser tratado diferentemente o más favorablemente que un ciudadano italiano. Añade MANZONI que eventuales exenciones en favor de los extranjeros podrían justificarse entonces sólo en cuanto esto sea impuesto o consentido por otras normas de Derecho Constitucional, que a tal efecto se presenten como normas especiales con respecto a la regla general contenida en el artículo 53<sup>39</sup>.

**139.** De otro lado, debemos preguntarnos si la Constitución impone el principio de territorialidad en sentido material del tributo. Según GRIZIOTTI, el deber de todos de contribuir a los gastos públicos es concebido en el artículo 53 de la Constitución italiana según una relación causal, porque el ejercicio del Poder Fiscal se da para el fin de la contribución a los gastos públicos, así que si faltase la necesidad de proveer a estos gastos -por la existencia, por ejemplo, de un suficiente patrimonio público- el ejercicio del Poder Fiscal carecería de fundamento. Señalaba este autor que como corolario de esta relación causal es destacable la relación territorial como fundamento del deber financiero. Fuera del territorio del Estado impositor, el Poder Financiero de éste no se ejercería, porque el Estado con sus servicios puede incrementar la capacidad contributiva solamente dentro de los límites de su territorio. Según este autor, la capacidad contributiva, en la elaboración de este concepto legislativo por obra de la Ciencia de las Finanzas, puede consistir en la riqueza ganada, poseída, transmitida, recibida en donación o por sucesión, o consumida y el Estado en todas estas fases con sus servicios la tutela e incrementa. Señalaba que en ello está la causa del Poder y del deber financieros y así fuera del territorio del Estado éstos se encuentran sin causa<sup>40</sup>.

**140.** Para MICHELI el principio de territorialidad del tributo ha adquirido relevancia constitucional en Italia en base a la expresión «todos» del citado artículo 53 y, así, el Estado no puede considerar como relevantes a efectos tributarios sino situaciones o circunstancias que se verifiquen en el propio territorio, aunque se refieran a extranjeros<sup>41</sup>. También para PANSIERI el principio de territorialidad del tributo entendido en sentido material ha adquirido una plena relevancia constitucional en Italia<sup>42</sup>.

**141.** Por el contrario, señala FORTE que la regla de la territorialidad no es en Italia un principio constitucional, aunque sea un principio general del Derecho Tributario italiano y que, entonces, las normas que se apartan del mismo no son inconstitucionales, sino solamente excepcionales<sup>43</sup>. De otro lado, ARDIZZONE señala que la conexión del hecho imponible con el territorio es dudoso que sea constitu-

<sup>38</sup> Cfr. G. BISCOTTINI, *Diritto Amministrativo Internazionale*, Tomo II (*La circolazione degli uomini e delle cose*), CEDAM, Padova, 1966, p. 373.

<sup>39</sup> Cfr. I. MANZONI, *ob. cit.*, pp. 39 y 40.

<sup>40</sup> Cfr. B. GRIZIOTTI, "Il potere finanziario e il Diritto Finanziario nello studio autonomo delle finanze pubbliche", *Studi di Scienza delle Finanze e Diritto Finanziario*, II, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 73 y 85-86.

<sup>41</sup> Cfr. G.A. MICHELI, "Profili critici in tema di potestà di imposizione", *cit.*, p. 22.

<sup>42</sup> Cfr. S. PANSIERI, "Qualche spunto in tema di nuove presunzioni di territorialità delle plusvalenze realizzate da non residenti", *Rassegna Tributaria*, 1984, p. 64.

<sup>43</sup> Cfr. F. FORTE, *ob. cit.*, p. 391.

cionalmente indispensable para la legitimidad de la ley tributaria, pudiendo darse criterios de conexión personales, como la nacionalidad del sujeto pasivo<sup>44</sup>.

**142.** Por otra parte, según MANZONI si se quiere dar una definición del ámbito espacial de operatividad del deber tributario y del correlativo Poder del ente público, en términos de concreta actuación de los principios constitucionales de capacidad contributiva y de igualdad tributaria, debe reconocerse que la adopción de un criterio de territorialidad -aunque no se haya decidido codificarlo en una expresa disposición constitucional- se presenta, desde el punto de vista lógico y funcional, como la única solución en realidad aceptable, induciendo el mismo carácter de «efectividad» de la norma tributaria a tal conclusión. Así, señala que sería contrario a la lógica entender que la Constitución italiana haya querido extender el ámbito de operatividad del deber tributario y del correlativo Poder de imposición, con todos los vínculos que al ejercicio de este último se ponen por efecto del principio de igualdad, más allá de los límites mismos en los que sea posible para el ente impositor asegurar en concreto, y no sólo en abstracto, la igualdad tributaria que la Constitución intenta asegurar y garantizar. Llega MANZONI a la conclusión de que deberán, pues, considerarse relevantes a efectos contributivos sólo los hechos y situaciones de hecho que en el territorio del Estado italiano se verifiquen o de algún modo se conecten al mismo, individualizando, en consecuencia, los destinatarios del deber tributario sobre la base de un vínculo de relación con tales hechos o situaciones y exclusivamente en los límites de tal relación, salvo eventuales excepciones que se impongan en virtud de normas de Derecho Internacional, consuetudinario o convencional<sup>45</sup>.

**143.** De otro lado, encontramos el planteamiento de SACCHETTO, quien, dado que los ciudadanos se encuentran vinculados a su Estado no sólo por un vínculo de solidaridad económica, sino también por un vínculo personal político, señala que mientras el Estado puede libremente dirigir sus propias decisiones tributarias a sus nacionales, con independencia de dónde se encuentren o residan éstos, el mismo Estado podría someter a imposición a los extranjeros sólo en presencia de un racional ligamen de éstos con el territorio estatal, ligamen que puede ser de carácter personal social, como la residencia, o de carácter económico, como el desarrollo de una actividad en el ámbito del Estado o la titularidad de derechos sobre bienes situados en éste. Señala este autor que en este sentido el artículo 53 de la Constitución italiana pone un límite en la elección de las situaciones base al legislador ordinario italiano, atribuyendo una relevancia, si no constitucional, por lo menos interpretativa al principio de territorialidad referido específicamente a los sujetos no residentes que no pertenezcan personal o socialmente al Estado, pero que estén vinculados al mismo en base a un elemento económico. Destaca que es en efecto necesario que el sujeto pasivo manifieste capacidad contributiva, esto es, que se encuentre con el ordenamiento estatal en una relación jurídicamente calificable que se refiera a una situación susceptible de valoración económica<sup>46</sup>.

**144.** Sin embargo, aunque existe un deber de solidaridad política de los ciudadanos con el Estado, esto no quita que el legislador tributario pueda tomar la opción de prescindir del punto de conexión ciudadanía o nacionalidad, en base a razones de equidad y efectividad de la norma tributaria.

**145.** Las consideraciones recogidas en relación a las implicaciones en este tema de la Constitución italiana serían atendibles también en nuestro Derecho, dada la similitud, a estos efectos, del artículo 31.1 de nuestra Constitución con el artículo 53 de aquélla, que le sirvió de referente.

**146.** De todos los planteamientos expuestos, a nuestro entender resulta especialmente interesante, para afrontar la disciplina fiscal en materia diplomática y consular, el planteamiento de LOMBARDI, en función de la concreción que realiza de la solidaridad política, frente a la solidaridad social y la solidaridad económica.

<sup>44</sup> Cfr. G. ARDIZZONE, *Cessione di quote o azioni da parte del non residente. La territorialità nell'IRPEF*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1986, p. 34.

<sup>45</sup> Cfr. I. MANZONI, *ob. cit.*, pp. 29 y 30.

<sup>46</sup> Cfr. C. SACCHETTO, *ob. cit.*, p. 316.

## V. Consideraciones finales

**147.** Suelen comentar algunos penalistas que al iniciar su doctorado lo primero que les mandan es que definan o delimiten su propio concepto de acción a efectos penales. En el ámbito tributario podría suceder algo similar si nos lo planteásemos, pues a la delimitación y estructura del hecho imponible cada uno de nosotros podríamos aportar nuestra propia visión, al menos en relación a algún aspecto o elemento del mismo. Obviamente, es la evolución de las realidades impositivas de cada momento la que hace surgir la necesidad de realizar alguna aportación en tal sentido y qué duda cabe de que algunos de los factores que en mayor medida han incidido en la evolución del Derecho Tributario han sido el internacional y el territorial, vinculados entre sí. Tales aportaciones se pueden realizar gracias a la labor previa de otros tantos autores que han ido construyendo un sistema o estructura y sobre la que, ante nuevas realidades impositivas, surge la necesidad de realizar en cada momento nuevas aportaciones. En tal sentido se debe entender lo que hemos intentado hacer en este trabajo, reconociendo el mérito previo de todas aquellas importantes construcciones doctrinales preexistentes, que han podido servir de base a la revisión que aquí proponemos.

**148.** De esta manera, desde la referida perspectiva y dado que la delimitación de un aspecto espacial o territorial sólo se solía realizar inicialmente en el elemento objetivo del hecho imponible, entendemos que, por ejemplo, la segregación que se hizo en España del Impuesto sobre la Renta de No Residentes<sup>47</sup> de lo que era el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas<sup>48</sup> y del Impuesto sobre Sociedades<sup>49</sup>, además de la delimitación del Gravamen<sup>50</sup> Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades No Residentes<sup>51</sup>, ponen en mayor evidencia la necesidad de reconocer también un aspecto territorial dentro del elemento subjetivo del hecho imponible, en tanto que para poder realizar éste se requiere en tales impuestos que el sujeto realizador del mismo ostente o carezca de una conexión con el territorio del Estado impositor. Con ello, como hemos visto, cuestiones hasta ahora residenciadas muchas veces en sede de sujeto pasivo deberían pasar a ser contempladas en sede de hecho imponible y, dentro de éste, cuestiones en ocasiones tratadas en sede de elemento objetivo deberían pasar a ser atendidas en sede de elemento subjetivo de aquél. Y todo ello sin perjuicio del resto de aspectos que, como hemos apuntado, se deben reconocer también dentro del estudiado elemento subjetivo del hecho imponible.

**149.** Quedando atrás, en los más importantes impuestos directos, los viejos conceptos de obligación personal y de obligación real de contribuir, el actual papel de la residencia y no residencia ha sido el principal artífice de la redefinición de las estructuras tributarias, determinando no sólo la forma en que se queda sometido a un impuesto, sino incluso si se queda o no sometido al mismo. Residencia y no residencia no son ya el presupuesto de un determinado régimen impositivo, sino los aspectos sobre los que se configura la construcción de las principales figuras tributarias. Esto ha supuesto un cambio esencial en la consideración de los factores territoriales y personales en materia tributaria, representando la base actual de los principales impuestos.

---

<sup>47</sup> Para cualquier sujeto no residente en España, sea persona física o jurídica.

<sup>48</sup> Sólo para personas físicas residentes en España.

<sup>49</sup> Sólo para sociedades residentes en España.

<sup>50</sup> Nacido para evitar ciertos casos de fraude a través de paraísos fiscales.

<sup>51</sup> Sólo para entidades no residentes en España.



# STRENGTHENING THE EUROPEAN CIVIL JUDICIAL COOPERATION: THE PATRIMONIAL EFFECTS OF FAMILY RELATIONSHIPS

## VERSO IL RAFFORZAMENTO DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA CIVILE NELL'UNIONE EUROPEA: GLI EFFETTI PATRIMONIALI DELLE RELAZIONI FAMILIARI

SILVIA MARINO

*Ricercatore*

*Università dell'Insubria*

Recibido: 12.01.2017 / Aceptado: 18.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3621>

**Abstract:** The present article offers a first overlook on the two recently adopted regulations on the civil judicial cooperation in the field of the matrimonial and the partnership property regimes. After a general and historical presentation, the article distinguishes between some EU «classical» normative solutions and the most important innovations enshrined in the regulations. The latter are duly scrutinised, with particular regard to the role of party autonomy, the connection with different pending cases, and the judicial margin of appreciation. The connecting factors for the determination of the jurisdiction and the applicable law are analysed, too. Finally, the article makes some comments on the enactment of enhanced cooperation in the fields of civil law affecting family law and its impact on the private parties.

**Keywords:** matrimonial property regime, partnership property regime, enhanced cooperation, party autonomy, EU civil judicial cooperation, family law.

**Riassunto:** Il presente contributo offre una prima analisi dei due recenti regolamenti sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di regimi patrimoniali fra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate. Dopo una presentazione di carattere generale e storico, si opera una prima distinzione fra alcune soluzioni oramai classiche nella materia, e talune importanti novità introdotte dai regolamenti. Queste ultime sono analizzate con maggior grado di dettaglio, concentrandosi soprattutto sul ruolo dell'autonomia delle parti, la connessione con altri procedimenti pendenti, e il margine di discrezionalità attribuito al giudice. Sono quindi esaminati i titoli di giurisdizione e i criteri di collegamento. Infine, sono presentate talune osservazioni sull'attuazione di cooperazioni rafforzate nell'ambito del diritto internazionale della famiglia, e il loro impatto sulle parti private.

**Parole chiave:** regime patrimoniale della famiglia, effetti patrimoniali delle unioni registrate, cooperazione rafforzata, autonomia della volontà, cooperazione giudiziaria civile, diritto di famiglia.

**Summary:** I. Introduction: the long way to the enhanced cooperation. II. The scope of the two regulations. 1. The notion of marriage. 2. The definition of registered partnership. III. Some classical solutions within the civil judicial cooperation. IV. New solutions in jurisdiction: the *typical* connections. V. The role of party autonomy in the choice of court. VI. The other rules for the determination of the jurisdiction. 1. The matrimonial property regime. A) The alternative grounds of jurisdiction. B) The subsidiary jurisdiction. C) *The forum necessitatis*. 2. The partnership property regime. VII. The judicial margin of appreciation in the determination of the jurisdiction. VIII. The role of party autonomy in

the organisation of the property regime. 1. The choice of the applicable law. 2. The agreements on the property regime. IX. The objective connecting factors and the most meaningful differences between marriage and registered partnership. 1. The law applicable to the matrimonial property regime. 2. The law applicable to the registered partnership property regime. X. The flexibility in the choice of law: the *lex (non) conveniens*. XI. Family law and enhanced cooperation: the only way on?

## I. Introduction: the long way to the enhanced cooperation

1. On 24<sup>th</sup> June 2016 the European Parliament and the Council adopted two regulations enacting an enhanced cooperation on the patrimonial consequences of international family relationships. Regulation n. 2016/1103 on the matrimonial regimes<sup>1</sup>, and regulation 2016/1104 on the patrimonial effects of registered partnerships<sup>2</sup> entered into force the twentieth day following that of their publication, but are applicable only as from the 29<sup>th</sup> January 2019. They represent the last achievement of the European Union in the area of the civil judicial cooperation.

2. The debates on the opportunity to implement EU uniform measures in these fields started with the 2005 Hague Programme<sup>3</sup>, and a Green Paper followed the next year<sup>4</sup>. Notwithstanding the apparent urgency, the Commission presented two proposals only in year 2011<sup>5</sup>. After long debates within the Council and the European Parliament, finally, the former issued two compromise texts in November 2014, whose content still did not seem satisfying. In February 2015 the Council decided to freeze the discussions on the proposals, opening a “silent” period of reflection on the basis of the compromise texts of November 2014.

3. These reflections lead some Member States to strengthen their opposition to the adoption of the regulations. On 1<sup>st</sup> December 2015 Hungary and Poland issued a joint declaration, suggesting further amendments to the proposals, in order to overcome the possible difficulties hiding under the implicit recognition and the acceptance of unknown familiar institutions. On the same day, the United Kingdom confirmed its wish not to opt in, blaming the lack of clarity in the legal drafting, with particular regard to the multiple references to the respect of human rights. The day after, the lack of the unanimity within the Council (art. 81, para. 3 of the TFEU) prevented the adoption of the regulations.

<sup>1</sup> Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, in *OJ L* 183, 8 July 2016, p. 1.

<sup>2</sup> Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, in *OJ L* 183, 8 July 2016, p. 30.

<sup>3</sup> Council and Commission Action Plan implementing the Hague Programme on strengthening freedom, security and justice in the European Union, in *OJ C* 198, 12 August 2005, p. 1.

<sup>4</sup> Green Paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition (SEC(2006) 952), COM/2006/0400 final.

<sup>5</sup> Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, Brussels, 16.3.2011, COM(2011) 126 final 2011/0059 (CNS); Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, Brussels, 16.3.2011, COM(2011) 127 final 2011/0060 (CNS). Further: A. BONOMI, «Les propositions du règlement de 2011 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux de partenariats enregistrés – Quelques remarques critiques», en A. BONOMI, C. SCHMID (sous la dir.), *Droit international privé de la famille*, Genève, Zurich, Bale, Schulthess, 2013; C. GONZÁLES BEILFUSS, «The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships», *Yearbook of Private International Law*, 2011, p. 187; K. DINGER, *Die europäische Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts und des Internationalen Güterrechts für eingetragene Partnerschaften*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014; F.J. GARCIA MAS, «Unión europea: perspectivas sobre regímenes económico matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», en M. PEREÑA VICENTE, P. DELGADO MARTÍN, M. HERAS HERNÁNDEZ (Coord.), *Nuevas orientaciones de derecho civil en Europa*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 632.

4. On the same day, 17 Member States declared their interest in the enactment of an enhanced cooperation. The Commission presented two proposals in March<sup>6</sup>, based on the compromise texts of November 2014, while the Council authorized the enhanced cooperation in June 2016<sup>7</sup>. 18 Member States within the Council approved the measures<sup>8</sup>, without bringing any sensitive change to the last Commission's proposals<sup>9</sup>. The regulations are complete, i.e. establish rules on international jurisdiction, choice of law, recognition and enforcement of foreign judgments. The solutions envisaged therein are quite similar, except from important differences in the determination of the applicable law. The following pages present a first overview of the regulations, focussing on the most innovative solutions in the area of the civil judicial cooperation, and stressing, where needed, the most meaningful differences between the two regulations.

## II. The scope of the two regulations

5. The regulations cannot interfere with the national definitions of marriage and registered partnership, and affect the sensitive issue of the international recognition of civil status. Nevertheless, their material scope of application must be defined, scrutinising the notions of marriage and registered partnership for the purposes of the regulations. The EU does not lay any duty to regulate or to recognise family *status* created abroad (whereas n. 64 of the regulation n. 2016/1103) and cannot offer a uniform solution. The interpreter must find a coherent solution, which can safeguard the rights of the parties without undermining national values.

### 1. The notion of marriage

6. Regulation n. 2016/1103 does not offer a definition of *marriage*. Whereas n. 17 states that it must be characterised according to the national laws of the Member States. This reference is at the same time not binding, nor enough clear. Which law is applicable to the characterisation of a relationship as a marriage for the purposes of the regulation? The issue is of the utmost importance, since the notion of marriage might vary, with particular regard to same-sex marriages, which are admitted by some Member States, prohibited by others. If the *lex fori* is applicable, the spouses incur the risk that their marriage is not recognised and that the judge refuses to hear the case on the matrimonial property regime. In the *lex loci actus* is applicable, the judge will have a legal duty to accept a foreign unknown *status* potentially conflicting with its public policy.

7. The reference to a Member State law leads us to suppose that marriages celebrated pursuant to a third country law or to religious laws can be scrutinised according to a law of a Member State. An example is the marriage with or between minors. This institution might not be accepted under public

<sup>6</sup> Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, Brussels, 2.3.2016, COM(2016) 106 final 2016/0059 (CNS); Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, Brussels, 2.3.2016, COM(2016) 107 final 2016/0060 (CNS). Further: O. FERACI, «Sul ricorso alla cooperazione rafforzata in tema di rapporti patrimoniali fra coniugi e fra parti di unioni registrate», *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 529.

<sup>7</sup> Council Decision (EU) 2016/954 of 9 June 2016, authorising enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions on the property regimes of international couples, covering both matters of matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships, in *OJ L* 159, 16 June 2016, p. 16.

<sup>8</sup> The States taking part to the enhanced cooperation are the same in the two regulations, and are the following: Belgium, Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Germany, Greece, Spain, France, Croatia, Italy, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Austria, Portugal, Slovenia, Finland and Sweden. The procedure for the adoption of the regulations may give rise to some criticism. Indeed, the Council Decision authorising the enhanced cooperation referred to a measure covering the patrimonial regimes of international couples, with particular regard to spouses and registered partners, but the EU approved two regulations. A doubt arises on the perfect correspondence between the authorization and its implementation. Nevertheless, the Council Decision does not mention the adoption of a single regulation, but only an enhanced cooperation. Although this is divided into two regulations, it does not seem possible to complain a fault of correspondence between the authorization and the regulations.

<sup>9</sup> Indeed, the 2016 proposals stem from five years discussion within the fields, and did not need further debates.

policy grounds according to the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR)<sup>10</sup>, if a claim on the patrimonial consequences of the marriage arises in a Member State's court. This means that the *lex fori* is applicable and no effects of the marriage might be granted in the Member State.

8. The same conclusion is not true with regard to same-sex marriages (especially if celebrated in a Member State). The ECtHR has repeatedly affirmed that the homosexual affective relationships are included in the notion of family life, pursuant to art. 8 of the ECHR<sup>11</sup>. This characterisation does not impose to the States a duty to allow same-sex marriage within their jurisdiction<sup>12</sup>, but the material scope of application of the regulation must include the same-sex marriages, in the states where there are provided for.

9. Which approach can be instead suggested to the judge seating in a jurisdiction, which does not allow same-sex marriages, required to state on the patrimonial regime? The plain recognition is not always possible due to the classical issues raised by the unknown institution<sup>13</sup>. Moreover, some Member States expressly require the sexual difference of the spouses<sup>14</sup>: the court might have troubles recognising the unknown relationship apparently conflicting with its Constitution.

10. A coherent solution is still possible if we leave aside the problem of the recognition of civil status abroad. The marriage can be incidentally considered as a fact that causes the legal consequence of a patrimonial regime. The State cannot accept the foreign marriage as a *status* acquired abroad, but can consider it as a pure fact, occurred abroad, to which are attached patrimonial consequences. This solution is also consistent with whereas n. 54, recalling the principle of non-discrimination as envisaged in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Any refusal to take into consideration the foreign same-sex marriage as a fact only on the ground of sex or of sexual orientation might amount to a violation of the principle of non-discrimination.

11. Another solution is possible. The foreign marriage might be *downgraded* into a national same-sex registered partnership, provided for by the *lex fori*. Many Member States envisage this solution, as Italy, Germany and Austria, among others, and neighbour Countries, too, as for example Switzerland. This characterisation does not seem to infringe the right to family life as interpreted by the ECtHR, admitting the downgrade in purely internal situations (as in the *Hämäläinen* case). The solution presents some drawbacks, as the inconsistency with the legitimate expectations of the spouses and the non-uniform application of regulation n. 2016/1103, which are disregarded if the marriage is considered as a partnership. Nevertheless, this solution would grant at least a legal *status* to the couple and a positive regulation of the patrimonial regime. Still the scope of application of regulation n. 2016/1103 is variable, depending on the national law and approach to foreign unknown institution.

12. Failing any EU competence in family law, it is not possible to impose a duty to accept foreign familiar *status* through regulations on the patrimonial regimes. The possible refusal to recognise a same-sex marriage is a persisting risk. The rule on the alternative jurisdiction (art. 9 of the regulation n. 2016/1103<sup>15</sup>) demonstrates this conclusion, since it considers the event of non-recognition of the marriage at stake by the State of the judge vested in the patrimonial regime claim. The regulation cannot grant the free circulation of familiar *status*.

<sup>10</sup> European Commission of Human Rights, 7 July 1986, *Khan v. the United Kingdom*. Further, on marriages whose form can infringe the public policy: A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZALEZ, «La celebración del matrimonio y sus efectos personales en el derecho internacional privado», in M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (Coord.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. I, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 1096.

<sup>11</sup> ECtHR, 24 June 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*; ECtHR, 23 June 2016, *Pajić v. Croatia*.

<sup>12</sup> ECtHR, 16 July 2014, *Hämäläinen v. Finland*; ECtHR, 1 July 2015, *Oliari and o. v. Italy*.

<sup>13</sup> Already K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 8, Berlin, 1849, p. 39 resolved the issue of unknown foreign institutions through the public policy safeguard clause.

<sup>14</sup> This is for example the case of Hungary, Poland, Croatia and Slovakia.

<sup>15</sup> See *infra*, para. VII.

## 2. The definition of registered partnership

13. Art. 3, para. 1, l. a) of the regulation n. 2016/1104 defines the registered partnership as «the regime governing the shared life of two people which is provided for in law, the registration of which is mandatory under that law and which fulfils the legal formalities required by that law for its creation». This definition aims at clarifying the material scope of the regulation (whereas n. 17), and is general in order to be adapted to the Member States different disciplines<sup>16</sup>. Moreover, the regulation does not impose any duty to introduce the institution of the registered partnership in the national law. If the *lex fori* does not provide for it, the same issues as for the recognition of foreign same-sex marriages arise, and should be resolved through the same tools. The partnership should be considered at least as a fact, leaving aside the material recognition of it.

14. Another problem of characterization may arise. How should foreign heterosexual unions be considered in Member States, where only same-sex registered partnership are provided for? This would be the case, for example, of Italy and Germany. The *upgrade* into a marriage undermines the legitimate expectations of the partners: if they wished to marry, they could have acceded to the marriage abroad<sup>17</sup>. Once more, there is the risk for non-recognition of the foreign relationship, it being an unknown institution, creating the risk to undermine the application of regulation n. 2016/1104.

15. The principle of non-discrimination (whereas n. 53 of the regulation n. 2016/1104) might offer a solution in this case, too. The refusal to recognize a heterosexual registered partnership amounts to an infringement of the principle of non-discrimination based on sexual orientation. Member States should treat different-sex partners as same-sex partners, if the national laws admit any form of registered partnership, included in the scope of the regulation.

## III. Some classical solutions within the civil judicial cooperation

16. For many aspects, the new regulations take advantage of the well-established experience in the EU civil judicial cooperation. Some solutions envisaged are nowadays classic. First, the regulations have universal character in the determination both of the jurisdiction and the applicable law. This means that the subjective scope of application of the regulations is not limited, provided that a judge has jurisdiction according to the rules established by the regulations, while the applicable law can be that of a third Country.

17. Second, a limited party autonomy is admitted<sup>18</sup>; failing any choice by the parties involved, the regulations provide for a set of alternative rules on the jurisdiction and the determination of the applicable law.

18. Third, the connecting factor of the habitual residence has a prominence on the nationality, both for the determination of the jurisdiction and the applicable law, too. This is a general EU approach, which gives for granted that the habitual residence favours the integration of the persons concerned in the Member State of destination and strengthen the free movement within the EU<sup>19</sup>. The normative

<sup>16</sup> *Ex multis*: K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2012.

<sup>17</sup> The same problem does not arise with the downgrade solution of same-sex marriages: if the future spouses lived in a State not admitting this institution (i.e., the receiving State), they might have concluded a registered partnership, failing any other possible legal form for the recognition of their relationship.

<sup>18</sup> See *infra*, para. V.

<sup>19</sup> M. BOGDAN, «Private international law as component of the law of the forum», en *Collected Courses*, 2010, vol. 348, p. 65; N. SAUVAGE, «La dangereuse notion de “prévisibilité raisonnable” et l'exigence de sécurité juridique», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2012, p. 519; C. KERN, D. GLÜCKER, «Das Neue Europäische Erbstatut und seine Aufnahme in der deutschen Literatur», *RebelsZ*, 2014, p. 309; A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*,

solution of the issues determined by the public policy, the overriding mandatory norms and the renvoi are classical, too, and find their background in regulation n. 593/2008 on the law applicable to contractual obligations.

19. Then, the rules on the coordination of actions and on the provisional measures have almost the same literal content as of those established by the regulation n. 44/2001. The (alleged) practical good experience<sup>20</sup> gained in the application of this regulation makes it appropriate to repeat the same rules in almost all the others EU measures on civil judicial cooperation. Consequently, there is no need to scrutinize them further in this contribution.

20. Finally, regulation n. 44/2001 clearly inspired the rules on the recognition and enforcement of foreign judgments, too. The recognition is automatic and the *exequatur* procedure is extremely simplified. The grounds for non-recognition /enforcement are the same as those established in the regulation n. 44/2001<sup>21</sup>. This represents a successful model, to be reproduced in every regulation enacted under art. 81 of the TFEU.

#### IV. New solutions in jurisdiction: the *typical* connections

21. The first rules on jurisdiction introduce a meaningful innovation comparing to the former regulations within the EU judicial cooperation. We can refer to them as to *typical connections*, since they automatically allocate the jurisdiction on claims on the patrimonial regimes to the judge deciding cases with different causes of action. These are: the annulment, the legal separation and the divorce of a marriage, the dissolution or the annulment of the registered partnership, the succession of one of the spouses or partners. If a Court is seised to decide a dispute on one of those causes, it assumes the jurisdiction on the patrimonial effect of the personal relationship, too.

22. Although already some measures adopted in the field of the civil judicial cooperation provide for similar connections between claims<sup>22</sup>, arts. 4 and 5 of the new regulations represents the first case where the scope of application of a regulation is completely submitted to the connecting factors established by another regulation. Moreover, the connection is exclusive: if the rule is applicable, it is not possible to invoke any other connecting factor. Neither party autonomy is admissible, in order to choose a different judge having jurisdiction on the claims on the patrimonial regime.

23. The rule works almost automatically if a claim on succession of a spouse or a partner arises. The sole condition envisaged is a connection between the case on the succession and the issue on the patrimonial regime (arts. 4). This link can be very easily demonstrated, since the surviving spouse or partner will have a qualified interest in the claims on both matters. This rule aims at coordinating the regulation on successions and the two new regulations, since the death of one of the spouses or

---

Torino, UTET, 2014 p. 44. Still, the solution attracts also criticism, since it does not grant the respect of the cultural identity of the person concerned, which is better safeguarded by the nationality as a connecting factor: E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé post moderne», en *Collected Courses*, 1995, vol. 251, p. 167; more recently: R. LAFUENTE SÁNCHEZ, «Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales», *Cuadernis de derecho transnacional*, 2013, p. 356.

<sup>20</sup> The rules have been subject to some criticism for their practical impact, especially concerning the *les alibi pendens*. Indeed, regulation n. 1215/2012 changes partially the discipline on the coordination of the actions. For comments and further references with regard to the 1968 Brussels Convention: F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, Jovene Editore, 2008.

<sup>21</sup> In the field of the patrimonial consequences of family relationships, it has not been possible to provide for the automatic enforcement, as envisaged nowadays by regulation n. 1215/2012, because of the novelty of the subject-matter within the civil judicial cooperation. Lacking any practical experience, Member States did not feel at ease to venture into a very advanced approach of strength cooperation.

<sup>22</sup> Example thereof are the former art. 5, para. 2 of the regulation n. 44/2001, and art. 3, para. 1, l. c) and d) of regulation 4/2009 on the jurisdiction on maintenance obligations.

partners dissolves also their patrimonial regime. The same judge will decide every issue related to the patrimonial effect of that personal relationship, irrespective of its characterisation as a succession or as a patrimonial regime claim. The advantage of this solution is the inherent coherence of the decision to be issued, although it is not granted that the judge will apply the same law to both kind of claims. The drawbacks refer to the position of the surviving spouse or partner. Indeed, the court of the habitual residence or of the nationality of the deceased<sup>23</sup> might not grant a meaningful proximity to him/her. He/she should defend him/herself in a far jurisdiction both for the succession *and* for matters related to the patrimonial regime of the couple, too. The concentration of the cases may amount to a detriment for this party. This is particularly clear if the judge applies art. 6, para. 1, l. a) of the regulation n. 650/2012, since the transfer of jurisdiction is not subject to the consent of the parties in the proceeding on the succession: if the court of the State of citizenship of the deceased accepts the jurisdiction on succession, it automatically assumes the jurisdiction on the patrimonial regime of the couple, too. This is not the most proper judge for these cases, as demonstrated by the fact that the rules on jurisdiction in the regulations nn. 2016/1103 and 2016/1104 are not grounded on the habitual residence and/or the citizenship of one of the spouses/partners. This judge might even be exorbitant and not foreseeable for property regimes disputes.

24. Moreover, if the spouses or partners agreed on jurisdiction for future claims on their patrimonial relationships, their choice must be disregarded after the death of one of them because of the automatism of the typical connections.

25. The coordination between connected cases satisfies legitimate needs of coherence of the output and of reduction of costs. Nevertheless, such an automatism without exceptions does not consider other legitimate interests of the surviving partner and spouse. At least a partial self-determination might be proper in order to balance the different needs.

26. The connection with cases related to the dissolution of the marriage of the registered partnership is not automatic. Art. 5 of regulation n. 2016/1103 establishes that the Court seised on an application for divorce, legal separation or marriage annulment according to regulation n. 2201/2003 has jurisdiction to rule on matters of the matrimonial property regime arising in connection with the first claim. If the Court is seised under some of the grounds of jurisdiction listed in para. 2, the jurisdiction is extended only insofar as the spouses agree<sup>24</sup>. Art. 5 of regulation n. 2016/1104 always requires the agreement of the partners.

27. The preambles of the regulations do not offer any clue for the interpretation of these rules. Different reasons may justify the need to ascertain the consent of the couple. In matrimonial matters, the rules on jurisdiction referred to do not grant an effective proximity of the court and may even become exorbitant when the judge is vested in the patrimonial consequences of the (dissolution of the) marriage, too. The agreement of the spouses overcome this risk. In disputes regarding the partnership, failing any EU uniform measure, national law allocates the jurisdiction on its dissolution or annulment. Since it is not possible to foresee the outcomes of the application of national rules, the agreement

<sup>23</sup> The Regulation n. 650/2012 is already subject to many studies and commentaries, although it is applicable only since August 2015. Therefore I limit the references to a strictly selected choice: I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 26; J. CARRASCOSA GONZALEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014; A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, cit.; A. DUTTA, «Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012», en J. VON HEIN (hrsgst.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10. Internationales Privatrecht I*, München, Beck, 2015; A. BONOMI, P. WAUTELET (sous la dir.), *Le droit européen des successions*, Bruxelles, Bruylant, 2016; A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVI, H.P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, Cambridge Academic, 2016.

<sup>24</sup> These criteria are the following: the habitual residence of the applicant in the last year, or in the last six months, if he/she is a citizen of that Member State; the conversion of legal separation into divorce; the residual jurisdiction to be determined according to national law.

is required. Failing the consent of the couple, the connection is not possible and the other rules on jurisdiction are applicable.

28. The automatism persists only in matrimonial matters, insofar as the court has jurisdiction pursuant to the other connecting factors listed in art. 3 of the regulation n. 2201/2003. In these cases, the connection does not produce the same drawbacks as in succession matters: indeed, the proceeding on matrimonial matters involves only the spouses, any third party not being concerned<sup>25</sup>, and the extension of the jurisdiction might not come to a surprise. It is to be expected that the applicant claims on matrimonial matters and on the patrimonial regime in one single judicial action, saving time and procedural costs.

## V. The role of party autonomy in the choice of court

29. The regulations admit a limited party autonomy in the determination of the jurisdiction (arts. 7). Many conditions must be fulfilled. The choice is admissible to the extent that the case falls under the scope of arts. 6 of the regulations, i.e. if the typical connections do not operate. The effectiveness of the prorogation of jurisdiction can consequently be ascertained only *in limine litis*, since it is not possible to know in advance if a case on succession or on the dissolution of the marriage or the partnership will arise. If it does, the choice of court must be disregarded. If it does not, the chosen court can assume jurisdiction. This combined effect does not favour the predictability.

30. Arts. 7 of the regulations limit the category of judges, to which the parties can attribute jurisdiction, too. Unlike regulation n. 4/2009, the new regulations do not provide for a list of eligible courts, but long for linking the jurisdiction to the applicable law. Within the scope of the regulation n. 2016/1103, the alternatives are the following: - spouses choose the law applicable and the court having jurisdiction within the same Member State; - spouses agree on the jurisdiction of the judge whose State law is applicable pursuant to art. 26, para. 1, l. a) or b), failing any agreement on the choice of law; - spouses determine the jurisdiction of the judge of the place of celebration of the marriage. Only this possibility does not link the law applicable and the jurisdiction, since the place of celebration of the marriage is not a connecting factor in the conflict-of-law.

31. Art. 7 of the regulation n. 2016/1104 establishes a similar rule, where the law of the place of celebration of the marriage is substituted by the law under which the registered partnership has been created<sup>26</sup>.

32. Such limitations may be subject to criticism. First, there is only one possibility for the parties to determine the court having jurisdiction without any connection with the applicable law. Moreover, the allocation of jurisdiction to this court might not be particularly interesting for the parties, because the couple might have lost every contact with the State of celebration of the marriage or the State under whose law the partnership has been created.

33. Second, the regulations aim at the convergence of the applicable law and the *forum* as a limit to the parties' autonomy. The preambles of the regulations do not further justify this target. The idea behind this rule can be the simplification resulting from the application of the *lex fori*. Nevertheless, the application of the foreign law is a general difficulty in cross-border situations<sup>27</sup>: if the European civil

<sup>25</sup> Only exceptional circumstances lead to consider the interest of third parties in the civil *status* of a couple (CJEU 13 October 2016, case C-294/15, *Mikołajczyk*, ECLI:EU:C:2016:772), but still not all the grounds of jurisdiction provided for by art. 3 of the regulation n. 2201/2003 are applicable.

<sup>26</sup> Further on this connecting factor, *infra*, para. IX, 2.

<sup>27</sup> P. IVALDI, «In tema di applicazione giudiziale del diritto straniero», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 585; I. QUEIROLO, «Conoscenza del diritto straniero e contraddizioni della giurisprudenza italiana», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 603.



judicial cooperation aims at bypassing it through the convergence of *forum* and *ius*, bilateral rules on the choice of law, as established in the regulations, do not have any sense. The resolution of the conflict of the laws could follow the method of the general application of the *lex fori*<sup>28</sup>, as it already happens in some Member States in areas not covered by EU law. Classical private international law's methods do not justify such an approach.

**34.** Before the choice of the court, the parties must determine the applicable law. If the couple agrees at the same time on the applicable law and on the jurisdiction, they must consider only the possible alternatives left by arts. 22 of the regulations. Failing the choice of law, spouses and partner must verify if the connecting factors provided for by arts. 26 are fulfilled. This examination could not be easy for private parties not expert in EU law: for example, they might suppose that a public certification of the residence is the sole evidence needed to prove any connecting factor grounded on the habitual residence. In the field of registered partnerships, the rule is only apparently easier<sup>29</sup>. The mistake in the determination of the applicable law, or in the agreement on the choice of law, can have tremendous consequences. The judge of the State of the alleged first habitual residence –or wrongly chosen by the parties– will declare expressly the lack of jurisdiction and indirectly the inapplicability of the law expected by the parties, it not fulfilling the conditions provided for in arts. 22 and 26. The parties might start a new case by another court. However, the first judgment can circulate within Member States, and all its parts bind the judge second seised, too<sup>30</sup>. This means that the latter court cannot apply the law expected by the parties, because the first judgment declares that it is not one of those listed in art. 22 or 26 of the regulations. Furthermore, if the first judgment establishes which court has jurisdiction pursuant to art. 6, the second court seised is under a duty to assume jurisdiction, because it cannot review the foreign binding decision. The second court would not be free to examine its jurisdiction.

**35.** Therefore, it must be welcome that the spouses cannot agree on the jurisdiction of the judge most closely connected at the time of conclusion of the marriage, the third connecting factor provided for in art. 26. The determination of the closest connection could be difficult for the spouses in a fragmented situation and the risk for mistake is high.

**36.** If the agreement on the court is based on arts. 26 of the regulations, a meaningful connection between the judge and the case might lack. Indeed, the connecting factors in arts. 26 refer to a past time, the celebration of the marriage or the conclusion of the partnership, and the couple may have lost every contact with that place. Such a choice might not be convenient for the parties.

**37.** The numerous conditions and drawbacks of this method of allocation of the jurisdiction make party autonomy a theoretical possibility rather than a practical opportunity for the parties to organise their patrimonial relationships.

**38.** The jurisdiction based on the appearance of the defendant is linked to the application of the *lex fori*, too (arts. 8). The sole difference with the express choice is due to the impossibility to seise the judge of the place of the celebration of the marriage. If the defendant appears only in order to contest jurisdiction, the court cannot assume the competence to hear the case. The usefulness of the rules is the absence of any formality and the possibility to accept the jurisdiction immediately after the submission of the application.

---

<sup>28</sup> P. PICONE, «Il metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*», en P. PICONE (a cura di), *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Milano, 1998, p. 371.

<sup>29</sup> See *infra*, para. IX, 2.

<sup>30</sup> CJEU 12 November 2012, case C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG*, ECLI:EU:C:2012:719.

## VI. The other rules for the determination of the jurisdiction

### 1. The matrimonial property regime

#### A) The alternative grounds of jurisdiction

39. Failing any choice of court, the regulations provide for objective rules of jurisdiction. As in the other EU regulations on civil judicial cooperation, the rules aim at satisfying the need of proximity between the judge and the case, granting the predictability of the jurisdiction.

40. Art. 6 of the regulation n. 2016/1103 provides for four alternative grounds of jurisdiction *à cascade*, and three of them are based on the habitual residence. These are the common habitual residence of the spouses; the last habitual common residence, insofar as one of the spouses still resides there; the habitual residence of the respondent; the common nationality. In all the cases, the relevant moment in order to establish the connecting factors is the time the court is seised. This grants the closest possible proximity between the claim and the judge. Moreover, the same grounds of jurisdiction appear also among those established by art. 3, para. 1 of the regulation n. 2201/2003, attributing to the same court the jurisdiction on the dissolution of the marriage and on its patrimonial consequences. When the typical connection cannot operate, still the convergence is possible<sup>31</sup>.

#### B) The subsidiary jurisdiction

41. Notwithstanding the broad grounds of jurisdiction, if a couple has close connections with third countries, or the situation is very fragmented, art. 6 may fail to determine a competent court within the EU. This may happen, for example, if the couple has never had a common habitual residence in a Member State, lives apart, the respondent is habitually resident in a third country and the spouses do not have a common nationality. In an increasingly moving environment as the area of freedom, security and justice, these situations are not rare. Therefore, arts. 10 and 11 establish residual grounds of jurisdiction, very similar to arts. 10 and 11 of regulation n. 650/2012<sup>32</sup>.

42. Under art. 10 on subsidiary jurisdiction, if it is not possible to determine the jurisdiction of a court of a Member State pursuant to the other rules on jurisdiction, the judge of the State where the immovable property of one or both spouses is located is vested in the claims related to that property.

43. This rule fragments the international jurisdiction: more judges can have jurisdiction on a small part of the claim, if the spouses have immovable property in more than one Member State. Moreover, it does not consider the need of coordination with possible third countries pending cases. Since the situation is slightly connected with the EU, the court in a third country may assume jurisdiction on the claim. At the same time, a case –or more cases– may arise within a jurisdiction in the European Union. The coordination of different pending cases might be difficult, since it depends on national laws, lacking

---

<sup>31</sup> Art. 5 and art. 6 are partially overlapping: even without the typical connection, the convergence of the jurisdiction can be realised thanks to the use of the same grounds of jurisdiction. Nevertheless, art. 5 can avoid fraudulent situations. We might suppose a spouse applying to the judge of the common nationality in order to obtain divorce, and to the court of the common habitual residence for claims related to the patrimonial regime. Failing the rule on the typical connection, two procedures will continue. The classical rule on the connection of pending actions might be applicable, but it does not grant the result of the reunification of the claims. The *lis alibi pendens* is not applicable because the claims have not the same cause of action. This situation is indeed possible, but also very rare in practice: the spouse filling two claims is also operating to his/her detriment, since he/she must defend him/herself in two courts. The typical connections avoid these abusive behaviours concentrating immediately the jurisdiction.

<sup>32</sup> A. BONOMI, «Article 10», en *Le droit européen des successions*, cit., p. 229; F. MARONGIU BUONAIUTI, «Article 10. Subsidiary jurisdiction», in A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVI, H.P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 186.

any EU uniform rule<sup>33</sup>. Furthermore, the recognition and the enforcement of a judgment issued in a third country is not granted, because it depends on national rules, too. There is the risk for non-recognition of the general judgment on the matrimonial regime issued in a third country, lacking any international coordination and generating inconsistencies in the patrimonial organisation of the couple. These effects do not seem justified due to the faint connections with the EU of the case. Therefore, the rule can be useful only to the extent that a dispute arises on the rights on the immovable property, between spouses or against a third party. Indeed, the court is close to the situation, it being able to collect and evaluate easily any evidence, and the final decision can be enforced in the State where the property is located and/or automatically recognized in other Member States.

### C) The *forum necessitatis*

44. The last residual ground of jurisdiction is the *forum necessitatis*. This rule was first introduced in an EU measure in art. 7 of the regulation n. 4/2009<sup>34</sup>. It implements the right to a fair trial, allocating the jurisdiction into a court of a Member State<sup>35</sup>, insofar as it results impossible to claim in a third country under objective circumstances. The application of this rule is subject to the same conditions provided for in art. 11 of the regulation 650/2012.

45. It is interesting to recall that the ECtHR has recently made clear that the *forum necessitatis* is subject to a national margin of appreciation. Courts may not assume jurisdiction although the case presents strong connections with the State, provided that the refusal to hear the case is duly justified<sup>36</sup>. The rule is an *extrema ratio* option, if the applicant or the parties have no other possibility to claim. The mere fact that the applicable law does not offer a positive solution to the claim, or do not provide for a reasonable restoration of the damages, might not amount to *exceptional* circumstances fulfilling the *impossibility* of the action.

## 2. The partnership property regime

46. Regulation n. 2016/1104 establishes the same rules. A meaningful difference appears in art. 6, which envisages a fifth ground of jurisdiction, the judge of the Member State under whose law the registered partnership was created. Consequently, the residual grounds of jurisdiction have a more limited scope of application: if the law applied to the creation of the partnership is that of a Member State, arts. 10 and 11 are not applicable.

<sup>33</sup> D. SAGOT-DUVAUROUX, *Les règles européennes de compétence directe en matière de successions internationales*, en H. PÉROZ É. FONGARO (sous le dir.), *Droit patrimonial européen de la famille*, a cura di Fongaro, Paris, LexisNexis, 2013, p. 24.

<sup>34</sup> P. BEAUMONT, «International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity», *RabelsZ*, 2009, p. 540; F. POCAR, «La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009», en M. C. BARUFFI, R. CAFARI PANICO (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Padova, CEDAM, 2009, p. 13; F. POCAR, I. VIARENGO, «Il regolamento (CE) n. 4/2009», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 810; S. MARINO, «Il difficile coordinamento delle fonti nella cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari», *Contratto e Impresa/Europa*, 2010, p. 380; F. FERRAND, «The Council Regulation (EC) no 4/2009 of 18 december 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations», en B. CAMPUZANO DIAZ, M. CZEPELAK, A. RODRIGUEZ BENOT, Á. RODRIGUEZ VAZQUEZ (eds.), *Latest developments in EU Private international law*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2011, p. 93; F. VILLATTA, «Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 817.

<sup>35</sup> M. ÁLVAREZ TORNÉ, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo regolamento de la UE*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 179; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, «La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l'épreuve du droit d'accès à la justice», en L. D'AVOUT, D. BUREAU, H. MUIR-WATT (sous la dir.), *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, 2014, p. 304; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2016, p. 668; F. SALERNO, «Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 559.

<sup>36</sup> ECtHR 12 June 2016, *Nait-Liman v. Switzerland*.

## VII. The judicial margin of appreciation in the determination of the jurisdiction

47. A very meaningful innovation is the introduction of a judicial margin of appreciation in the acceptance of the jurisdiction<sup>37</sup>. Under arts. 9, on the *alternative jurisdiction*, if a court of the Member State has jurisdiction on the claim on the patrimonial regime, it may decline jurisdiction, if the *lex fori* does not provide for the institution of the registered partnership, or does not recognise the marriage at stake.

48. This is a very important safeguard clause in order to avoid a denial of justice for spouses and partners and to a violation to their fundamental rights, too. If the personal relationship cannot produce any legal effect, the judge might dismiss the case on the ground of the non-existence of the marriage or of the partnership, or, even worse, decide that no patrimonial obligations exist between them. The refusal to attribute any relevance to the personal relationship would infringe the right to a family life; the dismissal of the case on the assets or the declaration of inexistence of any reciprocal obligation may undermine the rights to property of the couple. Arts. 9 aim at balancing the rights and the expectations of the parties and the judicial duty to apply the law. The court may decline the jurisdiction without undue delay, i.e. without suggesting any position or solution on the regime. A refusal to assume jurisdiction based on the impossibility to decide has less drawbacks for the parties involved, because it does not contain any consideration on the merits of the case, with particular regard to the existence and the effects of the personal relationship. Spouses and partners are able to start proceeding in another Member State, without a foreign decision stating on their *status* and jeopardising their patrimonial regime. A new proceeding on the merit must be restarted, but at least the parties involved will not be «followed» within the EU by a detrimental decision stating –even if incidentally– that their personal relationship does not exist, or –definitively– that there are not patrimonial obligations among them. After the refusal to hear the case, the ordinary rules on the choice of court or on the allocation of the jurisdiction are applicable.

49. In some circumstances, it is not possible to decline the jurisdiction pursuant to arts. 9. First, if a decision on the dissolution or annulment of a registered partnership or on divorce, legal separation or marriage annulment is capable of being recognised in the *forum*, the court is not allowed to refer to the alternative jurisdiction. Indeed, if it is possible to accept that a partnership or a marriage has existed, it is also possible from the logical and the legal points of view to state on the dissolution of the patrimonial regime.

50. Second, within the scope of regulation n. 2016/1104, the first court must have jurisdiction pursuant to the typical connections, or the objective rules of jurisdiction. It is not possible to exercise the margin of appreciation, if the partners agreed on jurisdiction, or if the seised court sits in the State under whose law the partnership was created. Indeed in both cases, the *lex fori* will provide for the institution of registered partnership<sup>38</sup>. The same is not true in the field of the matrimonial property regimes and art. 9 of regulation n. 2016/1103 refers also to arts. 7 and 8 on the choice of court.

51. For its purpose, the alternative competence must be welcome as a last-sort tool, if the couple risks seeing their personal and property rights undermined. This is not a theoretical case when people move within the EU almost without barriers and face the legislative fragmentation due to the national exclusive competences. This situation cannot amount to a denial of justice or to a violation of human rights, especially in the field of patrimonial relationships, and the jurisdiction must be allocated to an effective court.

---

<sup>37</sup> The innovation is extremely important even in the theoretical perspective. Indeed, the EU institutions, with particular regard to the Court of Justice, seemed hostile to the introduction of a margin of appreciation to the judge (CJEU 1 March 2005, *Owusu*, case C-281/02, EU:C:2005:120). Instead, the restrictive approach followed in the CJEU case-law might be due to a strictly literal interpretation of the rules contained in the 1968 Brussels Convention and in the regulation n. 44/2001.

<sup>38</sup> See *infra*, par. VIII.

## VIII. The role of party autonomy in the organisation of the property regime

### 1. The choice of the applicable law

52. The regulations introduce the possibility to choose the applicable law, subject to material and formal conditions. Although some national laws already admit a limited party autonomy<sup>39</sup>, it amounts to meaningful innovation in many Member States, due to a traditional approach that does not favour the self-determination of the parties in family law<sup>40</sup>. The change of the applicable law is subject to the same rules.

53. Spouses and partners can agree on the application of one of the laws listed in arts. 22 of the regulations. The party autonomy is not as free as in international contract law, where parties can choose any State law. In family law the lists aim at granting a connection between the case and the applicable law. Parties can choose among the law of the State of habitual residence or nationality of one or both the partners or the spouses at the time of the conclusion of the agreement. Regulation n. 2016/1104 adds the possibility to choose the law of the State under whose law the registered partnership was created. Such a choice has the effect to strengthen the legal certainty, since this is the law applicable failing any choice, too (art. 26). The specular rule does not appear in regulation n. 2016/1103 most probably because the connecting factor is not provided for as the applicable law failing a choice<sup>41</sup>.

54. Art. 22 of the regulation n. 2016/1104 makes clear that the applicable law must recognize property consequences to the registered partnerships. The effects of a wrong choice are not regulated. The designation should be materially invalid and be disregarded; art. 26 determines the applicable law.

55. The same rule is not provided for in regulation n. 2016/1103, although similar problems of recognition of the *status* and its effects may arise. The wrong choice can be corrected only if the *lex fori* and the *lex causae* correspond. The tool is the rule on the alternative jurisdiction. After the transfer of jurisdiction, or failing the coincidence, a judge, seating in a State recognising the marriage at stake, might not apply the *lex causae*, not recognising the marriage, because it produces effects contrary to public policy of the State where the court sits. Once more, the non-recognition of the personal relationship and the consequent patrimonial effects can infringe the human rights to family life and to property of the spouses.

56. Arts. 22, para. 3 establish the non-retroactivity of the choice: the law will be applied as from the date of the agreement. This temporal effect is particularly relevant if the choice is subsequent to the marriage, or if the agreement on the applicable law is changed. Indeed, the non-retroactivity safeguards the rights and the legitimate expectations of third parties, who entered into a legal relationship with the couple, because the applicable law does not change toward them. The time-line distinction before/after the agreement is easier in theory than in practice: until the day of the agreement one law is applicable; afterwards it changes, but the patrimonial relationships and the assets are always the same. A possible

<sup>39</sup> The website: [http://eur-lex.europa.eu/n-lex/index\\_en](http://eur-lex.europa.eu/n-lex/index_en) offers a brief comparative perspective. For example, the Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, in force in France, Luxembourg and the Netherlands, lists five possible different laws that can be chosen by the spouses as the applicable law to their matrimonial property regime (art. 3; A. BONOMI, M. STEINER (sous la dir.), *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Genève, Droz, 2006). In Italy, art. 30 of the Law n. 218/95 offers four possible alternatives (I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, CEDAM, 1996). These systems can be considered as very liberal in a comparative perspective. Spanish law is slightly more restrictive: the choice of law is possible insofar as the spouses do not share a common nationality (art. 9.2 of the Código Civil), although admitting in this case four possible alternatives (A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, «La celebración del matrimonio», cit., p. 1094).

<sup>40</sup> For example, Hungarian law does not provide for any possibility to choose the applicable law.

<sup>41</sup> Regulation n. 2016/1103 does never refer to the law of the State under whose law the marriage has been concluded. Nevertheless, it is possible to agree on the jurisdiction to the judge of the State of celebration of the marriage. The two criteria (law applicable/place of celebration) do not coincide, but might produce the same practical result, i.e. the individuation of the same law. Consequently, it is not clear why the choice of court is admissible, while the agreement on the applicable law is not possible.

way to manage this sensitive situation is the theoretical distinction of the property in two assets, regulated by different laws, as the French Cour de Cassation has already done in application of the national law<sup>42</sup>.

**57.** Partners and spouses may agree on the retroactive effects of their choice of law, without affecting the rights of third parties. In this case, a difficult distinction of assets is required, too: the chosen law regulates the entire regime, while the relationships with third parties might be subject to a different law if their rights might be jeopardised. Nevertheless, the retroactive effect of the choice of applicable law might be a convenient solution for the spouses and the partners, due to the consequent uniformity of the regulation of the regime.

**58.** The parties have four or five possible alternatives, among whose they can find a convenient regulation of their relationship. Although the lists of possible eligible laws aim at granting a meaningful requirement of proximity<sup>43</sup>, the connecting factors refer also to only one of the spouses or partners: it is not granted that the applicable law has the closest connection with the couple and with family life. This means that the chosen law is convenient *because* of the consent of the parties involved, and not because of proximity reasons.

**59.** The most meaningful difference between regulation n. 593/2008 on contractual obligations and the new regulations resides in the requirements provided for by the latter for the formal validity of the agreements<sup>44</sup>. According to arts. 23 of regulations nn. 2016/1103 and 2016/1104, the choice shall be expressed in writing, dated and signed by the spouses or by the partners. Additional formal requirements must be respected, if established by the law of the Member State: of the common habitual residence, or of the habitual residence of any of the spouses or partners, or where one of them habitually resides, if the other is habitually resident in a third country. Before concluding the agreement on the choice of law, parties must ascertain the law applicable to the formal validity, which does not necessarily coincide with the applicable law<sup>45</sup>. This requirement may amount to a hindrance for the exercise of party autonomy due to the difficulties to manage the possible conflict of different laws, and to determine the law applicable to the formal validity and its content.

**60.** The consent and the material validity must be assessed under the applicable law, if the choice were valid, reproducing the same rule envisaged in art. 10 of the regulation n. 593/2008.

<sup>42</sup> Cass civ., 1<sup>re</sup>, 12 April 2012, en *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1125. Further on the French approach: J. FOYER, «Le changement de régime matrimonial en droit international privé, entre règles internes et règles internationales», en *Liber amicorum Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 273.

<sup>43</sup> Some scholars challenge the suitability of party autonomy as a tool aimed at granting a close connection between the factual situation and the applicable law: P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», en *Collected Courses*, 1986, vol. 196, p. 63; S.M. CARBONE, *Autonomia privata e commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 50; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, «La tendance à la limitation», cit., p. 301.a.

<sup>44</sup> Due to the strict formal requirements, and failing any express rule, the tacit and the implicit choice of law seems to be not admissible, neither in *limine litis*. This might complicate the determination of the applicable law when the situation is particularly fragmented, or the spouses have multiple common nationalities but feel more connected with one of the States. The issue is not new due to the formal requirements envisaged in the other regulations in family law, as for example regulation n. 1259/2010: T. AZZI, «La volonté tacite en droit international privé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2010-2012, p. 165; A. DEVERS, M. FARGÉ, «Le nouveau droit international privé du divorce – À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce», *Droit de famille*, 2012, p. 17; M. ANDRAE, «Zur Form der Rechtswahl für eheliche Beziehungen», en N. WITZLEB, R. ELLGER, P. MANKOWSKI, H. MERKT, O. REMIEN (hrsg.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 8; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable», cit., p. 275; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, cit., p. 575; U.P. GRUBER, «Die konkludente Rechtswahl in Familienrecht», *IPRax*, 2014, p. 55; D. SOLOMON, «Die allgemeine Kollisionsnorm (Art. 21, 22 EuErbVO)», en A. DUTTA, S. HERRLER (hrsg.), *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, München, Beck, 2014, p. 40; T. HELMS, «Konkludente Wahl des auf die Ehescheidung anwendbaren Rechts?», *IPRax*, 2014, p. 334. The Oberlandesgericht Hamm, 7 May 2013, II-3 UF 267/12, *IPRax*, 2014, p. 349 accepted an implicit choice of law within the scope of regulation n. 1259/2010 notwithstanding the lack of any express rule.

<sup>45</sup> In particular, the convergence between the applicable law and the law regulating the formal validity of the agreement on the choice of law is only casual, if spouses or partners agree on the law of the citizenship of one of them, or if partners choose the law of the creation of the relationship. The uniformity is easier to achieve if the choice falls on the law of the common habitual residence or of the habitual residence of one of the spouses or partners.

## 2. The agreements on the property regime

61. Since the agreement on choice of law is not encouraged, it could be easier for the parties to conclude a matrimonial or partnership property agreement pursuant to arts. 25 of the regulations. These are defined as any agreement between spouses or partners by which they organise their property regime. The requirements for the formal validity are the same as those established for the agreement on the choice of law, but if the law applicable to the regime provides for further requirements, these must be fulfilled. The applicable law regulates the material validity (arts. 27). Although these rules, too, do not encourage party autonomy<sup>46</sup>, the advantage in concluding a property agreement (instead of an agreement on the applicable law) is due to its content: parties decide directly the organization of their relationship and not only the relevant legal system. The tool can be extremely useful if the applicable law favours private autonomy, for instance establishing a set of regimes, among which the couple can choose: the property agreement may refer directly to one of those.

62. Still, it is quite logical that the requirements are similar in the two cases. Indeed, the conclusion of a property agreement cannot amount to an evasion of the limits established for the choice of law, i.e. to the selection of any regime provided for by any national law, despite the lack of connections with the situation, or to a completely free determination of the reciprocal obligations between spouses or partners. The rules on the validity are very similar, because the property agreement must find its basis in a legal system. Consequently, the parties benefit of the margin of autonomy admitted by the *lex causae*.

63. These provisions lead us to submit that the choice of a property regime does not amount automatically to a tacit choice of law: this perspective would favour abusive agreements. If that were the case, every agreement could be validly concluded, since it would imply a tacit choice of the law, which allows that kind of private arrangements between spouses or partners. Nevertheless, under some circumstances the agreement on the property regime may amount to an implicit choice of law and the consent of the parties should be respected. This is the case if: - the agreement of the parties is formally and materially valid<sup>47</sup>; - it refers univocally to one legal system; - its law is listed in arts. 22 of the regulations. Only an express clause on the applicable law is missing. In this case, the non-consideration of the implicit but clear will of the parties would undermine their legitimate expectations, the rights and the obligations between each other and with third parties, too, if the couple has always behaved according to that law. The omission of a clear clause containing the express choice should not have such deleterious consequences.

## IX. The objective connecting factors and the most meaningful differences between marriage and registered partnership

### 1. The law applicable to the matrimonial property regime

64. Failing any choice, art. 26 of the regulation n. 2016/1103 provides for a list of alternative factors *à cascade*, implementing a quite classical method in the field of the EU civil judicial cooperation. These are the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage, or their

<sup>46</sup> A set of alternative connecting factors materially oriented would allow stating the formal and the material validity of the agreement in most of cases. The approach seems to be opposite from the Italian or the Spanish current legislation, where private international law encourages the *favor validitatis* in cross-border situations (M. P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en derecho internacional privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999; A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de familia internacional*, Colex, Madrid, 2008; G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 154; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale - Vol. II: Statuto personale e diritti reali*, Torino, UTET, 2016, p. 86).

<sup>47</sup> This condition is easily satisfied due to the convergence of the rules on the formal and the material validity of the agreement on the choice of law and the property regime agreement.

common nationality, or the closest connection with the spouses. The last two elements must be scrutinized at the time of the conclusion of the marriage.

**65.** Notwithstanding the clear formulation of the provision, the connecting factors might rise some interpretative difficulties. For example, when must the first common habitual residence be established? Immediately after the celebration of the marriage, or even years after? Let us suppose that the spouses have always lived apart and they re-join after the retirement. If this is the place of their first habitual residence after the marriage, the law of that State is applicable. This solution promotes the proximity between the case and the applicable law, it being very strictly connected with the family life. Nevertheless, it jeopardises the stability and the predictability of the applicable law. Indeed, if a dispute arises before the family reunification, the applicable law must be determined pursuant to the other connecting factors, failing any (first) common habitual residence; if the dispute arises afterwards, the law of the habitual residence is applicable. Furthermore, this law applies to situations and relationships created before the family reunification, too, which become controversial afterwards. This outcome may amount to a surprise for third parties. Instead, if the first residence must be established shortly after the celebration of the marriage, the rule would grant the stability of the applicable law: this is determined by art. 26, para. 1, l. b) or c) even after the family reunification. The drawback of this solution is that it prevents the application of the law of the (newly created) common habitual residence, to which the family life is currently strictly connected. The spouses might rely on its application.

**66.** Art. 26, para. 2 is the sole rule within the EU civil judicial cooperation regulating the issue of the multiple common nationalities. In that case, the connecting factor is not applicable. This solution complies with the CJEU case-law, to the extent that it implements the principle that there is not a prevalence of one citizenship over the others<sup>48</sup>, but it does not codify its implications. These can be summarized in the equal relevance of all the citizenships in order to select the applicable law (case *García Avello*) and to allocate the jurisdiction (case *Hadadi*). On the opposite, art. 26, para. 2 of the regulation n. 2016/1103 establishes the irrelevance of the common multiple nationalities. Two reasons apparently justify this choice. First, unlike jurisdiction, one applicable law must be determined. Without any criteria on the prevalence of the citizenship, two or more laws are applicable to the whole claim, which is objectively impossible. Second, if the spouses have multiple nationalities, most probably any of them presents a close connection with the couple. Despite these reasons, the rule looks like a refusal to deal with such sensitive situations, just rejecting the connecting factor. The solution of the case *Hadadi* could have been adapted<sup>49</sup>: the multiple common nationalities can all operate as connecting factors, leaving a margin of party autonomy to the spouses. Failing the consent on the application of one the laws of the States of the common nationalities, the connecting factor is not applicable. Such an interpretation is impossible under art. 26, para. 2.

**67.** The last connecting factor is the principle of proximity at the time of the marriage. The judge must evaluate every relevant factual and legal element in a very fragmented situation. In the opinion of the present author, the multiple common citizenships may come back into play in the determination of this strict connection. In particular, the spouses might prove that they feel a particular strong link

<sup>48</sup> CJEU 7 July 1992, case C-369/90, *Micheletti*, ECLI:EU:C:1992:295; CJEU 2 October 2003, case C-148/02, *García Avello*, ECLI:EU:C:2003:539; CJEU 16 July 2009, case C-168/08, *Hadadi*, ECLI:EU:C:2009:474. For some further reflections of this sort of EU indifference to the rules on the attribution of the citizenship and the multiple nationalities: R. HÜTER, «Zur internationalen Zuständigkeit des Scheidungsgerichts bei doppelter Staatsangehörigkeit der Ehegatten», *European Law Reporter*, 2009, p. 351; J. DILGER, «EuEheVO: Identische Doppelstaater und forum patriae (Art. 3 Abs. 1 lit. b)», *IPRax*, 2010, p. 54; W. HAU, «Doppelte Staatsangehörigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht», *IPRax*, 2010 p. 50; P. LAGARDE, «L'application du règlement Bruxelles II bis en cas de double nationalité», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 770; P. MAESTRE CASAS, «Doble nacionalidad y forum patriae en divorcios internacionales (Notas a la STJUE de 16 de julio 2009, Hadadi, As. C-168/08)», *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, p. 290; A. FUCHS, «Mehrstaater im Internationalen Privatrecht», en *Festschrift für Dieter Martiny*, cit., p. 303.

<sup>49</sup> Indeed, at the very end, one judge must be seised, and the situation of multiple pending claims should be avoided through the rules on the *lis alibi pendens*.



with the State of one of their common nationalities, overcoming the impossibility to choose it once the dispute arises<sup>50</sup>.

68. It being the last connecting factor, most probably the proximity will be quite faint, but the opposite risk is not to find any law applicable to the matrimonial property regime, which of course cannot be accepted.

## 2. The law applicable to the registered partnership property regime

69. Art. 26 of the regulation n. 2016/1104 establishes only one connecting factor: the law under which the relationship was created. The rule assumes that the *lex loci actus* admits the creation of a partnership pursuant to a different law. The rule grants the stability, since the applicable law does not change during the relationship.

70. No relevance is attributed to the laws of the common habitual residence and of the common nationality. The reasons for the difference with the matrimonial property regimes are not clear. Whereas n. 48 of the regulation n. 2016/1104 refers to the predictability of the connecting factor and to the legal certainty, but regulation n. 2016/1103 promotes the same values, despite offering completely different solutions.

71. Some difficulties arise in the interpretation of the range of this connecting factor. Which is the law pursuant to which the partnership has been created? Two interpretative problems arise.

72. How must this law be determined? If any mention is contained in the public act or document certifying the registration, the court can make use of this express indication, insofar as its national law recognizes and accepts the effects of public documents issued abroad. Failing it, national private international law must be applied. However, should the court apply the *lex fori*, or the law of the place of registration? In the latter case, the application of the same law in both States safeguards the stability of the personal relationship and its effects. In the former, the court is free to determine applicable to the case, it being one of its principal duties. The outcomes converge to the extent that the applicable law according to the *lex fori* is the *lex loci actus*.

73. Neither the meaning of *creation of a partnership* is clear. Is the rule referring to the formal validity, to the material validity, to the capacity of the partners, to the consent? If the national conflict-of-laws rules provide for different connecting factors for each of these issues, or if multiple alternative factors are established<sup>51</sup>, the law applicable to the creation –and therefore to the patrimonial consequences– of the partnership cannot be univocally determined. Finally, if the multiple connecting factors must be applied simultaneously, partners incur the risk not to find any law applicable to their property regime, since two or more laws should be applied to the same case. The indirect reference to the national law included in art. 26 of the regulation n. 2016/1104 might therefore complicate the determination of the applicable law. Nevertheless, in a comparative perspective, national law allows the registration of *national* partnerships producing the effects provided for by the State of registration<sup>52</sup>. Moreover, many issues might be regulated by the *lex loci actus*, according to the State of registration

---

<sup>50</sup> Spouses are free to agree on the application of one of their citizenships, but this entails the respect of the strict formal validity requirements seen *supra*, para. VIII, 1. In the envisaged case a formal agreement would not be necessary, it being enough to declare the couple's will to the seised judge.

<sup>51</sup> This is the case of art. 32ter, para. 3 of the Italian Law n. 218/95, granting the *favor validitatis*. Moreover, art. 32ter provides for a different connecting factor on the capacity and the requirements, characterising the Italian rules on the preclusions to accede to the institution as internationally mandatory.

<sup>52</sup> Art. 32quinquies of the Italian law n. 218/95 demonstrates the difficulties to accept the application of a foreign law. The partnership concluded abroad by two Italian citizens can produce only the effects provided for by the Italian law, i.e. the foreign partnership is converted into an Italian one.

conflict-of-laws rules, and promoting the validity of the partnership. Therefore, in many cases the law applied for the creation of the partnership can correspond to the law of the place of registration.

74. Finally, the possible conflict among multiple registrations under different laws is not considered. In this case, too, it is impossible to determine the application of one law. The European Parliament report on the original 2011 Commissions' proposal suggested giving priority to the last registration<sup>53</sup>. Failing any express rule in the final text of the regulations, this criterion cannot be applied. The prevalence will depend on national law, jeopardising the uniformity in the application of the regulation.

75. The rules on the allocation of jurisdiction and the connecting factors do not favour the convergence of *forum* and *ius*. This result is achieved only if the spouses have not changed their first common habitual residence, or, failing it, the (single) common nationality; in the partnership property regimes, the convergence on the law that have created the relationship results only in very fragmented situations or after the prorogation of jurisdiction. This approach makes the limitations to party autonomy longing for this convergence even less understandable.

## X. The flexibility in the choice of law: the *lex (non) conveniens*

76. Another meaningful innovation is the margin of appreciation left to the judge when determining the applicable law. The rule can be considered as a *lex non conveniens* clause for its analogies with the common law *forum non conveniens* method (art. 26, para. 3 of regulation n. 2016/1103; art. 26, para. 2 of regulation n. 2016/1104).

77. Different conditions frame the margin of appreciation of the judge. First, it can overcome only the application of the law of the first habitual common residence of the spouses<sup>54</sup>, or the law pursuant to which the partnership has been created. Second, the last common habitual residence of the spouses has been lasting longer than the first common habitual residence. This condition becomes a requirement of long-lasting residence in the field of the partnership property regime<sup>55</sup>. Third, the spouses or the partners must have relied on the application of this law. If these requirements are fulfilled, by way of exception and after the application of either spouse, the judge may decide to apply the law of the State of the last common habitual residence of the spouses or of the partners. The application is retroactive, unless the parties disagree. In the latter case, the law applies as from the establishment of the last common habitual residence.

78. The rule seeks to promote the legitimate expectations of the parties according to a criterion of proximity. Indeed, the couple might have lost any substantial contact with the State of the law determined according to art. 26, para. 1, and its application might come to a surprise. It is therefore possible to overcome it.

79. In matrimonial properties disputes it is possible to disregard only the law of the first habitual residence. Indeed, the rule targets a more strictly connected applicable law from the substantial point of view, although it is not necessary that the last common habitual residence is also the current one. Therefore, its application would amount to a non-sense when the law must be determined pursuant to art. 26, para. 1, l. b) and c) of the regulation.

---

<sup>53</sup> We need to recall that the connecting factor was the place of registration, and not the law applied for the creation of the partnership.

<sup>54</sup> Therefore, this rule cannot resolve the difficulties in the determination of the first common habitual residence of the spouses, seen *supra*, para. IX, 1. There must be a common habitual residence after the celebration of the marriage in order to bypass its application.

<sup>55</sup> This divergence depends on the fact that the first common habitual residence is not a connecting factor in the partnership property regimes.

**80.** If the *lex non conveniens* applies, the coincidence between *forum* and *ius* is achieved to the extent that the last common habitual residence corresponds to the current one.

**81.** The rule includes the evaluation of the behaviour of the parties. This might grant the achievement of their legitimate expectations. Spouses and partners must prove that they have arranged or planned the organization of their patrimonial relationship according to the law of the last common habitual residence. The parties may invoke different elements, as the registration or the transcription in public registers or documents of their property regime, the fulfilment of every kind of publicity according to that law, the former application of the same law between them, or in legal relationships entered in with third parties. The conclusion of a patrimonial property agreement may be an evidence, too. Indeed, the *lex non conveniens* clause does not apply if the couple has concluded such an agreement before establishing its last common habitual residence (art. 26, para. 3, c. IV of regulation n. 2016/1103; art. 26, para. 2, c. IV of regulation n. 2016/1104). It is supposed that the spouses or the partners might have changed their agreement if they expected the application of the law of the newly established common habitual residence. If they have not modified their previous arrangements, they wish their regime to be regulated by the law of the first habitual residence, or they do not expect the application of the law of the last habitual residence. In both cases, it would make no sense to change the applicable law: this would undermine the expectations of the parties and the validity of their property agreement. On the contrary, the conclusion of a property agreement after the establishment of the new common habitual residence, according to this law, is a reasonable evidence of the planning of the parties.

**82.** The application of the law of the last common habitual residence cannot undermine the rights of third parties determined according to art. 26, para. 1. In this case, too, it is necessary to distinguish two assets. Controversial issues on the applicable law are likely to arise only with regard to relationships concluded and performed before the establishment of the last common habitual residence, but contested afterwards. Instead, after the modification of the habitual residence, the couple plans its patrimonial relationships with third parties, too, pursuant to the law of the last common habitual residence. Therefore, there is no need to protect third parties, since there is no change of the expected applicable law (from the law of the first to the law of the last common habitual residence).

**83.** The *lex non conveniens* clause must be applied by way of exception and after the request of either spouse or partner. The consent of the other party is not required, but is implicitly contained in the expectations of the parties: the couple must have relied on the application of that law, and its non-application should have detrimental effects for both. Nevertheless, if either spouse or partner contests the application of the law of the last common habitual residence, the judge is under a duty to scrutinise the past behaviour of the contesting party in order to state if he/she relied on its application. Failing this proof, it is not possible to shift into the application of this law.

**84.** The judicial margin of appreciation overcomes the typical drawbacks of the rigid connecting factors. The promotion of the legitimate expectations of the parties does not only amount to a subjective or psychological satisfaction, but it can better grant fundamental rights of the parties, as the right to property and the right to a family life. The *bona fide* organization of the patrimonial regime pursuant to the law of the last common habitual residence might be dismantled by the application of a different law. This outcome does not protect any legitimate interest and must be overcome by this flexibility clause.

## **XI. Family law and enhanced cooperation: the only way on?**

**85.** The present article aimed at offering a first overview of the most interesting rules within the two new regulations on the patrimonial consequences of personal relationships. The EU legislator has introduced some new tools within the traditional methods of private international law. Some of

those innovations can be subject to criticism, as the automatism of the typical connection, some can be welcome, as the judicial margin of appreciation, some are doubtful, as the convergence of *forum* and *ius* as a limit of the choice of court. The practical application of the regulations will help understanding their impact.

**86.** In conclusion, a last doubt arises. These regulations represent the second implementation of an enhanced cooperation in civil judicial cooperation affecting family law, after the regulation n. 1259/2010<sup>56</sup>. On the opposite, civil and commercial law do not seem to rise difficulties in the approval of different regulation, even when establishing uniform rules of civil procedure<sup>57</sup>.

**87.** The most probable reason of the difficulties in reaching the unanimity could be the too small “common core” in the Member States family law, which prevents the achievement of a satisfying unanimous agreement on these topics. Member States do not seem ready to renounce to their typical institutions in national law, scaring that the civil judicial cooperation would amount to a loss for the national traditions.

**87.** The Commission paves the way to the adhesion of the other Member States, which should be convinced by the number of practical benefits stemming from the application of the regulations. However, with due respect, it is hard to imagine such a broad positive effect, following the experience of the regulation 1259/2010: only three<sup>58</sup> more States adhered after its adoption. Failing a progressive *consensus*, the EU’s civil cooperation policy risks to become a sort of jigsaw, where every Member State decides if to *opt in* a regulation. This result risks undermining the very same nature of an *area of freedom, security and justice* as a uniform and coordinated legal space.

---

<sup>56</sup> The implementation of the enhanced cooperation within the civil judicial cooperation is subject to many critics. The most controversial issue is due to the fact that such a method may preserve the fragmentation of the EU legal area, instead of unifying and approaching the national legal systems: I. OTTAVIANO, «La prima cooperazione rafforzata dell’Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali», *Diritto dell’Unione europea*, 2011, p. 113; F. POCAR, «Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 297; O. FERACI, *op. cit.*, p. 532.

<sup>57</sup> The most meaningful example is the Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council, of 15 May 2014, establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters in *OJ L 189*, 27 June 2014, p. 59. The regulation provides for an autonomous procedure in order to obtain a provisional and protective measure to be automatically recognized and enforced in all Member States: S. MARINO, «La circolazione dell’ordinanza europea di sequestro conservativo dei depositi bancari», *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 1181; P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *Il sequestro europeo di conti bancari – Regolamento (UE) n. 655/2014 del 15 maggio 2014*, Milano, Giuffrè, 2015.

<sup>58</sup> These are Lituania, Greece and Estonia.

“COMPLY OR EXPLAIN” IN THE EU, OR THE NEW HUMAN RIGHTS REPORTING OBLIGATION: AN ANALYSIS OF DIRECTIVE 2014/95/EU

EL PRINCIPIO “CUMPLIR O EXPLICAR” EN LA UNIÓN EUROPEA, O LA NUEVA OBLIGACIÓN DE DIVULGAR INFORMACIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2014/95/UE

JOSEBA FERNÁNDEZ GAZTEA

*M.S. in Foreign Service, Georgetown University  
Personal Docente e Investigador en Formación (PhD Candidate)  
Universidad de Navarra*

ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado  
Universidad de Navarra*

Recibido: 03.01.2017 / Aceptado: 10.01.2017  
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3622>

**Abstract:** This article aims to offer an interdisciplinary perspective in regard to EU Directive 2014/95. It caters to the interests of development experts and legal experts. An analysis of the Directive constitutes a micro-view on the wider issue of business-human rights. The analysis provides a chance to reflect upon wider development implications. The first half of this article deals with the development character of the Directive and its connection to business-human rights narratives. The second half offers a legal analysis of its precepts.

**Keywords:** disclosure, non-financial information, business and human rights, development, corporate social responsibility.

**Resumen:** Este artículo ofrece una perspectiva multidisciplinar sobre la Directiva 2014/95/UE, de interés tanto para los juristas como para los especialistas en desarrollo. El análisis de la Directiva constituye un estudio sobre un aspecto concreto en el campo de los negocios y los derechos humanos. Además, pone de manifiesto las implicaciones que esta norma tiene en el ámbito del desarrollo. Esta cuestión se abordará en la primera parte del artículo, junto con contextualización de la Directiva dentro de las corrientes actuales en el sector de los negocios y los derechos humanos. La segunda parte ofrece un análisis del articulado de la norma.

**Palabras clave:** divulgación, información no financiera, negocios y derechos humanos, desarrollo, responsabilidad social corporativa.

---

\* Alberto Muñoz has developed this work within the framework of the EU Action Grant “Business and Human Rights Challenges for Cross-Border Litigation in the EU”, JUST/2013/JCIV/AG/4661.

**Summary:** I. Introduction. II. Multinational Corporations and Human Rights. III. Introduction to and developmental character of the Directive. IV. Two relevant issues. 1. A development case sustaining the Directive?. 2. Narratives underlying the Directive. V. Legal commentary on the Directive. 1. Purposes of the Directive. 2. Target companies of the Directive. 3. Obligations of the companies. 4. Monitoring the fulfilment of the obligations. 5. Assessment. VI. Conclusion.

## I. Introduction

1. This article presents a European viewpoint on the subject of business-human rights. Such a viewpoint is provided through the analysis of a human development tool: Directive 2014/95/EU (the ‘Directive’). The Directive has to be implemented by national law by each of the 28 EU member States by 6 December 2016.

2. Given the existing correlation between human rights and development<sup>1</sup>, the mutual reinforcement that they exert on each other<sup>2</sup>, and the need to facilitate mutual understanding between development and human rights-legal camps<sup>3</sup>, an analysis of the Directive is relevant. Building on recent analyses of the Directive<sup>4</sup> this article aims to reach both development and legal experts. It unpacks the norm for the development-oriented reader while underscoring its developmental character for the legal expert. The suggestion for development-oriented readers is that the Directive is a development device codified in the specific language of EU law. A legal approximation is, therefore, unavoidable. The suggestion for legal experts is that above and beyond the legal intricacies they should not ignore the development gist of the norm and should conduct their analysis accordingly. A purely legal commentary on the precepts of the Directive in Section 4 is balanced with an introductory commentary in Section 3 on two extra-legal issues. These are: (i) the development perspective of the Directive, and; (ii) the conceptual linkage of the Directive to one of several existing narratives on the subject of human rights and business.

3. This article is not intended as an in-depth discussion yielding concrete answers to the issues raised, but rather as one of the first panoramic descriptions of the Directive. The breadth of its scope shall prove a valid starting point for further, more profound inquiry and reflection.

## II. Multinational Corporations<sup>5</sup> and Human Rights

4. The vast majority of multinational corporations do not engage in practices or relations with states that may lead to human rights abuses. “*In general, they [multinationals] are unlikely to act in a manner that deliberately seeks to violate fundamental human rights*”<sup>6</sup>. In fact, private sector financing and the activity of multinationals have helped lift millions out of poverty<sup>7</sup>. Multinational corporations can contribute to a human rights favourable environment by means of their great capacity to “*create wealth,*

<sup>1</sup> D. P. FORSYTHE, “Human Rights and Development: A Concluding View”, in D. P. FORSYTHE (ed.), *Human Rights and Development. International Views*, St. Martin’s Press, New York, 1989; D. KAUFMANN, “Human Rights and Governance: The Empirical Challenge”, in P. ALSTON / M. ROBINSON (eds.), *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 352-402.

<sup>2</sup> P. ALSTON / M. ROBINSON, “Human Rights and Governance: The Empirical Challenge”, in P. ALSTON / ROBINSON, M. (eds.), *Human Rights and Development*, op. cit., pp. 1-18.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> D. KINDERMAN, “Corporate Social Responsibility - der Kampf um die EU Richtlinie”, *WSI Mitteilungen* 8/2015, pp. 613-621; D. G. SZABÓ / K. E. SØRENSEN, “New EU Directive on the disclosure of non-financial information”, *Nordic & European Company Law Working Paper*, No. 15-01, 2015.

<sup>5</sup> We use the terms multinational corporations, transnational corporations and corporations interchangeably.

<sup>6</sup> P. MUCHLINSKI, “Human rights and multinationals: is there a problem?”, *International Affairs*, n° 77(I), 2001, pp. 31-47.

<sup>7</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, “Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises”, UN Doc A/HRC/29/28, 2015.

jobs and income, to finance public goods, and to generate innovation and development in many areas relevant to human rights and environmental protection, including medicine, food production, and environmental-friendly technologies”<sup>8</sup>. They can promote a form of development “...oriented towards the expansion of human capabilities, of which human rights are both a main ingredient and a precondition”<sup>9</sup>. Yet multinational corporations, “acting alone or in complicity with states, pose a real threat of violating a whole range of civil, political, social, economic and cultural human rights in diverse ways”<sup>10</sup>. Given this dual character, the relationship that multinational corporations entertain *vis-à-vis* human rights is a complex one<sup>11</sup>. The threat that multinational corporations’ wrongdoing poses to human rights is particularly acute due to the transformation in the institutional features of the world economy<sup>12</sup>. In a context of increasing integration of a market-dominated global economy, transnational activity has increased notably<sup>13</sup>. Concurrently with this economic growth, transnational corporations’ rights have also grown<sup>14</sup>. Thus, transnational corporations have assumed an ever-greater power over the conduct of human affairs<sup>15</sup>. Such a power is secured by current trade and investment frameworks, for these frameworks still “hold considerable regulatory power that has not yet been fully harnessed to promote human rights objectives”<sup>16</sup>; this, despite the fact that recently the inclusion of responsible business conduct has become a dominant practice<sup>17</sup>. Multinational corporations can, therefore, cause significant negative impacts on human rights. Online data facilitated by the Business & Human Rights Resource Center web site reveals that in year 2015 approximately 280 corporations have been involved in allegations of human rights misconduct.

5. A plurality of works have analysed the human rights language and constraints of the foreign investment legal framework<sup>18</sup>, but fewer have attempted at offering an empirical-statistical assessment on the causal relationships between foreign direct investment and governance, social standards or human rights in host countries. Among these, Kaufmann examined the effect of first-generation human rights promotion on second-generation human rights. According to his understanding, political and civil rights matter significantly for the attainment of socio-economic developmental rights; there is a large direct causal effect from better governance to improved development outcomes<sup>19</sup>. Employing different variables Letnes analysed the opposite direction of causality; he studied the impact of foreign investment on human rights. He

<sup>8</sup> UNIVERSITY OF EDINBURGH, “Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to the European Enterprises Operating Outside the European Union”, 2010. Available at [http://en.frankbold.org/sites/default/files/tema/101025\\_ec\\_study\\_final\\_report\\_en\\_0.pdf](http://en.frankbold.org/sites/default/files/tema/101025_ec_study_final_report_en_0.pdf) (accessed on 31 December 2016).

<sup>9</sup> O. DE SCHUTTER, “Transnational Corporations as Instruments of Human Development”, in P. ALSTON / M. ROBINSON (eds.), *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 403-444.

<sup>10</sup> S. DEVA, *Regulating Corporate Human Rights Violations*, Routledge, Oxon, 2012.

<sup>11</sup> O. DE SCHUTTER, “Transnational Corporations...”, *op. cit.*, 2005, pp. 403-444.

<sup>12</sup> UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, “Interim report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises”, UN Doc E/CN.4/2006/97, 2006.

<sup>13</sup> C. MÁRQUEZ CARRASCO, “El plan nacional de España sobre empresas y derechos humanos y la implementación de los pilares proteger, respetar y remediar: oportunidades y desafíos”, in C. MÁRQUEZ CARRASCO (ed.), *España y la implementación de los principios rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Huygens, Barcelona, 2014, pp. 25-53.

<sup>14</sup> UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (2006), *op. cit.*

<sup>15</sup> J. A. ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

<sup>16</sup> J. FORD, “Business and Human Rights: Bridging the Governance Gap”, 2015. Available at [https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field\\_document/20150922BusinessHumanRightsFordV2.pdf](https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_document/20150922BusinessHumanRightsFordV2.pdf) (accessed on 31 December 2016).

<sup>17</sup> K. GORDON / J. POHL / M. BOUCHARD, “Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey”, *OECD Working Papers on International Investment*, No. 1, 2014.

<sup>18</sup> Please see: O. DE SCHUTTER (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart Publishing, Puvimanasinghe, Oxford and Portland, 2006; A. SHERBERG, “Investment Agreements and Human Rights: The Effects of Stabilization Clauses”, *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper*, No. 42, 2008; P. M. DUPUY / F. FRANCONI / E. U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009; M. JACOB, “International Investment Agreements and Human Rights”, *INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development*, No 3, 2010, and; K. GORDON / J. POHL / M. BOUCHARD, *op. cit.*

<sup>19</sup> D. KAUFMANN, “Human Rights and Governance: The Empirical Challenge”, in P. ALSTON / M. ROBINSON (eds.), *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 352-402; D. KAUFMANN, “Human Rights, Governance and Development. An empirical perspective”, in *Development Outreach*, 2006. Available at: <http://siteresources.worldbank.org/EXTSITETOOLS/Resources/KaufmannDevtOutreach.pdf> (accessed on 3 January 2017).

found that “foreign direct investment can help generate economic growth and that this potential positive influence on the level of economic development can again have a positive influence on a host country’s level of human rights”. The manifestation of the investment effects on human rights depends –he contends– on the specific features of the multinational acting and on the host country characteristics<sup>20</sup>.

6. In face of this state of affairs, the risk is that the imbalance deepens between an increasingly large power of multinationals coupled with vulnerability of host societies and the precariousness of accountability. The risk is that the governance gap widens. It is against that risk and in furtherance of a long-term sustainable growth goal that the Directive was enacted as part of the wider European Union strategy on the business-human rights issue; a strategy including the provision of guidance and the development of national action plans in compliance of the EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy<sup>21</sup>.

7. Within the available governance steering alternatives<sup>22</sup>, the EU expressly opted in the Directive for imposing a mandatory transparency – disclosure obligation of non-financial information including human rights. Various non-EU countries, including Australia, Canada, China, Indonesia, Malaysia, Norway and South Africa have done so too<sup>23</sup>. An obligation to report is, in principle, less likely to change corporate behaviour than stronger obligations such as the obligation to actually conduct social due diligence, the obligation to comply with social standards in public procurement, or the obligation of board directors to return part of their pay in case of social misconduct. Nevertheless, the reporting obligation contained in the Directive ought to be conceived as a pragmatic initial step that will enable further ones towards a more binding framework. This is consistent with the EU’s option for the Ruggie-an “Protect, Respect and Remedy” framework put forward in the 2011 UN Guiding Principles on Business and Human Rights (the UN ‘GPs’)<sup>24</sup>. The EU has adopted the “principled pragmatism” approach underlying in the UN GPs. According to such approach, the option to further human rights respect and protection by businesses is to combine a set of non-excessively burdensome mandatory measures with a set of voluntary ones while traditional stronger international law binding rules develop. The aim is to start from general easily acceptable obligations and evolve then towards a more constringent legal frame.

### III. Introduction to and developmental character of the Directive

8. In response to the European Parliament’s request, the Commission submitted on April 2013 the Directive’s initial legislative proposal as the culmination to a process. The background against which the Directive was conceived was primarily defined by two concerns. As per the Commission’s resolutions

<sup>20</sup> B. LETNES, *Transnational Corporations, Economic Development and Human Rights: On the Importance of FDI Composition and Host Country Assets*, Doctoral Thesis, 2008. Available at: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:123924/FULLTEXT01.pdf> (accessed on 3 January 2017).

<sup>21</sup> H. CANTÚ RIVERA, “The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights in the European Union. From Regional Action to National Implementation”, in J. MARTIN / K. E. BRAVO (eds.), *The Business and Human Rights Landscape. Moving Forward, Looking Back*, Cambridge University Press, New York, 2016, pp. 498-529; COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy”, Council of the European document 11855/12, 2012. Available at [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/131181.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/131181.pdf) (accessed on 3 January 2017).

<sup>22</sup> These include: naming and shaming self-regulation, use of incentives, awards and accreditation systems, market-based initiatives, publication of league tables, allocation of private statutory rights, statutory compensation schemes, publicity and government-sponsored information and education campaigns.

<sup>23</sup> M. L. NARINE, “Living in a Material World – From Naming and Shaming to Knowing and Showing: Will New Disclosure Regimes Finally Drive Corporate Accountability for Human Rights?”, in J. MARTIN / K. E. BRAVO (eds.), *The Business and Human Rights Landscape. Moving Forward, Looking Back*, Cambridge University Press, New York, 2016, pp. 219-253.

<sup>24</sup> EUROPEAN COMMISSION, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A renewed EU strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility”, COM (2011) 681 final, 2011; EUROPEAN COMMISSION, “Commission Staff Working Document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – State of Play”, SWD (2015) 144 final, 2015.



and the Directive itself these were, (i) a long-term necessity to provide the conditions for sustainable economic growth through social justice and environmental protection (Directive, Whereas 3), and (ii) a shorter-term concern to rebuild trust in the performance of businesses given the increasing social attention focusing on the social and ethical behaviour of enterprises in the current economic crisis environment<sup>25</sup>. Two additional facts complete the background against which the Directive was formulated. Firstly, the increasing economic significance of transnational corporations and global supply chains<sup>26</sup>. Secondly, the “*increasingly important role played by human rights, the rule of law and democracy*” in the EU<sup>27</sup>.

9. Furthermore, the Directive is an instrument aimed at fostering the EU’s human development goal. An EU internal legal norm itself, the Directive is intended to pursue the goals set in EU development policy. The Directive targets fostering sustainable development and human rights protection, two conditions constituting the context in which the eradication of poverty and fulfillment of the Millennium Development Goals ought to take place<sup>28</sup>. These two goals were called to occupy a notable position in the EU development agenda as stated by the Commission<sup>29</sup>. The Directive will continue to pursue these ends in the post-2015 development agenda. Because the Directive involves key players in the private sector in the pursuance of sustainable development through human rights protection, it contributes to develop the framework set for the attainment of the 2030 vision: rights-based, people centered action targeting at the eradication of poverty through the interplay of the three dimensions of sustainable development, i.e. social, environmental and economic<sup>30</sup>.

#### IV. Two Relevant Issues

10. With a view to raising awareness of the development facet of the Directive, two extra-positivistic issues shall be examined prior to proceeding to a legal commentary.

This section deals with two considerations, namely, (i) the developmental perspective to the Directive, and; (ii) the conceptual linkage of the Directive to one of several existing narratives on the issue of human rights and business.

##### 1. A development case sustaining the Directive?

11. Essentially, by virtue of the Directive, corporations need to increase their reporting by including a new section containing information about their performance in and impact on, environmental, social, human rights, anti-corruption and bribery matters. If a corporation does not pursue policies in relation to any of these matters, it must provide a clear and reasoned explanation for not doing so.

<sup>25</sup> EUROPEAN COMMISSION, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A renewed EU strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility”, op. cit.

<sup>26</sup> T. J. BOLLYKY / A. BRADFURD, “Getting to Yes on Transatlantic Trade Consistent US-EU Rules Could Remake Global Commerce”, *Foreign Affairs*, 10 July, 2013. Available at <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2013-07-10/getting-yes-transatlantic-trade> (accessed on 3 January 2017).

<sup>27</sup> M. CREMONA, “Values in the EU Constitution: the External Dimension”, *Stanford Institute for International Studies Center on Democracy, Development, and the Rule of Law Working Paper*, Number 26, 2004.

<sup>28</sup> EUROPEAN PARLIAMENT COUNCIL COMMISSION, Joint statement by the Council and the representatives of the governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the Commission on European Union Development Policy: “The European Consensus” (2006/C 46/01), The European Consensus on Development, para. 5.

<sup>29</sup> EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Increasing the impact of EU development Policy: an Agenda for Change”, COM (2011) 637 final, 2011.

<sup>30</sup> EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A Stronger Role of the Private Sector in Achieving Inclusive and Sustainable Growth in Developing Countries”, COM (2014) 263 final; EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A decent Life for all: from vision to collective action”, COM (2014) 335 final; EUROPEAN COMMISSION, “Commission Staff Working Document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – State of Play”, SWD (2015) 144 final.

**12.** The Directive states that the human rights regulations it implements contribute to attain a “*sustainable global economy by combining long-term profitability with social justice and environmental protection*” (Directive, Whereas 3). Individual company profitability is facilitated by the added value that its positive external social impact represents. In accordance with this, it is sound in long-term economic terms to embed sustainability into the DNA of the company. Following this argument, this is beneficial globally, there are no losers: neither the corporation applying this sustainability frame, nor the countries in which it conducts business are negatively affected.

**13.** But the following question arises: does the Directive take into account the developmental needs of the societies it will affect? Or, formulated in more tractable terms: how can the Directive better contribute to the developmental needs of the societies it will affect?

It is advisable that corporations be required to provide a development case taking into account the perspective of the countries in which such activities are carried out. The Directive would better serve its end of “*managing change towards a sustainable global economy*” through the monitoring of corporations’ “*impact on society*” (Directive, Whereas 3) if it demanded that the following question be answered: ‘*How does this corporation contribute to meet the broader economic and social objectives of the particular society(ies) upon which it develops its business?*’. This could be disentangled into a double requirement: asking corporations to ensure that their reporting tackles both (i) the specific situation and circumstances of the host countries affected, and (ii) the broader “*structural dimensions of their presence*”<sup>31</sup>. Otherwise transparency risks being one that conveys a partial and inaccurate picture of corporations’ impact.

**14.** The proposition that the specific situation and circumstances of the host countries affected be tackled refers to the need of taking into account the particular perspective of the affected societies in the reporting exercise. The notion of the ‘responsibility of enterprises for their impacts on society’<sup>32</sup> can only be understood as the responsibility of enterprises for their impacts on a *particular society* for the abstract term ‘society’ can only become a reality in specific societies characterised by their particular features. The responsibility of corporations for their activity is always linked to a particular society or societies with specific traits and, therefore, a transparency-enhancing reporting measure inevitably has to incorporate their particular point of view.

**15.** The proposition that the broader structural dimension of the presence of corporations be tackled refers to the need of the reporting exercise to be one delivering an overall assessment of the presence of such a corporation. An assessment that responds to the question ‘Beyond the answers the Directive is asking for from corporations, is the presence of that corporation *conducive of the human development of the communities in which it operates*’<sup>33</sup>? If not, there exists the chance that the reporting reflects acceptable environmental, social, human rights, anti-corruption and anti-bribery accomplishments while avoiding mentioning broader potential negative impacts such as, for instance, the flight of wealth and capital and the crowding out of local producers and investors<sup>34</sup>. If this broader structural dimension is not dealt with, the reporting message may end being a distorted one. The underlying logic of the Directive –transparent information enabling consumers, investors and peers to exercise pressure on noncompliant corporations– would be undermined.

**16.** Though non-binding in character, the reporting guidelines to be prepared and published by the Commission before 6 December 2016 (Directive, Article 2) could drive towards the implementation

<sup>31</sup> O. DE SCHUTTER, “Transnational Corporations as Instruments of Human Development...”, 2005, op. cit., pp. 403-444.

<sup>32</sup> EUROPEAN COMMISSION, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A renewed EU strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility”, COM (2011) 681 final, para. 3.1.

<sup>33</sup> Expression used by de Schutter (O. DE SCHUTTER, “Transnational Corporations as Instruments of Human Development”, op. cit., 2005, p. 408).

<sup>34</sup> O. DE SCHUTTER, “Transnational Corporations as Instruments of Human Development”, op. cit., 2005, pp. 403-444.

of these suggestions. These need to recommend that the reporting be always qualified by the particularities of the society it is referring to, and that the elaboration on environmental, social, human rights, anti-corruption and bribery be one that interconnects all the issues and offers a broad assessment of the impact of their activities.

## 2. Narratives underlying the Directive

17. The Directive stems from a narrative on the human rights – business issue; a narrative arising from factors present in the 1960s and 1970s<sup>35</sup> which burst into global public consciousness in the 1990s<sup>36</sup>. Such a narrative shares common ground and is related through constant interaction to conflicting narratives on the issue.

18. According to such a narrative, a socially embedded form of economic governance needs to be built in the current context of an increasingly diffused state authority. Within the polycentric, multi-layered system of international governance, developed-country multinational enterprises are the leading sources of foreign direct investment accounting for 84 per cent of global outflows<sup>37</sup>. As above explained, when insufficiently monitored or regulated, these “*uniquely international, uniquely mobile and uniquely powerful*”<sup>38</sup> members of global society tend to generate human rights violations of the host populations, especially in developing host states, either actively or as accomplices<sup>39</sup>. There exist difficulties when it comes to addressing these violations legally, owing to the inherent fragmentation of the international law system. Since a functionally integrated overarching legal scheme and language such as the global law and meta-language Domingo advocates<sup>40</sup> does not exist, enforcement is a very difficult task, given the multiplicity of political and legal systems. For instance, problems with forum identification arise when addressing human rights violations by transnational businesses. In view of this challenge –the narrative goes–, the pragmatic, realistic and efficient way forward is to produce a smart mix of norms in which a set of basic mandatory measures and voluntary initiatives coupled with peer and consumer pressure over time may build an interest among leading firms for a more level playing-field *vis-à-vis* laggards, thereby ensuring political balance in the corporate sector and, eventually, leading to stricter legal obligations<sup>41</sup>. This approach, it is argued, is beneficial to corporations as it contributes to the sustainability of their activity. In addition, it does not preclude further ‘traditional’ state action, which ought to be conducted through “*carefully crafted precision tools*” completing and augmenting existing ones<sup>42</sup>.

19. But this particular CSR discourse in which the Directive is rooted on is not univocal, nor undisputed. CSR has been interpreted, for instance, as the battleground on which contesting actors (corporations, NGOs) conduct a strategic political struggle for their interests, and as the accommodating bargain resulting from this<sup>43</sup>. The option for the recognition in favour of corporations of a right-obligation to exert ‘responsible’ autonomy in human rights protection is also a matter of disagreement. Confronting the conception on which the Directive is based runs a counter argument based on the as-

<sup>35</sup> P. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 3.

<sup>36</sup> R. MARES, “Business and Human Rights After Ruggie; Foundations, the Art of Simplification and the Imperative Cumulative Progress”, in R. MARES (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, p. 44.

<sup>37</sup> Ö. C. KAHALE, “Project Finance and the Relevant Human Rights”, in S. LEADER / D. ONG (eds.), *Global Project Finance, Human Rights and Sustainable Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 37.

<sup>38</sup> S. JOSEPH, “Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights”, *Netherlands International Law Review*, No 46, 1999, p. 176.

<sup>39</sup> Ö. C. KAHALE, *op. cit.*, p. 37.

<sup>40</sup> R. DOMINGO, *The New Global Law*, Cambridge University Press, New York, 2010.

<sup>41</sup> R. MARES, *op. cit.*, p. 29.

<sup>42</sup> R. MARES, *op. cit.*, p. 26.

<sup>43</sup> D. L. LEVY / R. KAPLAN, “Corporate Social Responsibility and Theories of Global Governance”, in A. CRANE / A. MCWILLIAMS / D. MATTEN / J. MOON / D. S. SIEGEL (eds.), *The Oxford Handbook on Corporate Social Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

sertion that “*human rights concerns may be of such a fundamentally different magnitude, as compared with other corporate social responsibility issues, that they should never be entrusted to self regulatory responses*”<sup>44</sup>. As enumerated by Gatto, a plurality of scholars stressing the ‘ensure’ function of human rights protection<sup>45</sup> critically appraise voluntary initiatives<sup>46</sup>. A more binding framework –according to the counter reasoning– needs to be put in place<sup>47</sup>. As expressed by Kamminga, what is needed “...*are binding international standards accompanied by strong enforcement machinery*”<sup>48</sup> since existing implementation mechanisms are “*deficient or undeveloped*”<sup>49</sup>.

## V. Legal Commentary on the Directive

**20.** Having considered extra-legal aspects of the Directive, this section provides an overview of its legal aspects<sup>50</sup>.

### 1. Purposes of the Directive

**21.** The immediate purpose of the Directive is to increase the transparency of corporations in non-financial issues reporting. But this is only a means, the end is more ambitious, i.e. to contribute to a sustainable global economy. Corporations have often sought benefits in the short term, occasionally through unfair means. This is a factor that has contributed to the disregard of labour rights, environmental concerns and even human rights. Facing this challenge, the Directive aims to promote a “*change towards a sustainable global economy by combining long-term profitability with social justice and environmental protection*” (Directive, Whereas 3). Formally, the Directive’s objective is to foster growth and deter corruption as well as to encourage a wider respect for human rights and the environment. According to this reasoning, transparency should lead corporations to better performance, lower financing costs, and the capacity to attract and retain talented employees<sup>51</sup>. This ought to make European companies competitive and sustainable, and, ultimately, contribute to human development through the creation of more jobs<sup>52</sup>.

**22.** One of the key matters in which the reporting obligations of the Directive should move corporations to better performance is human rights. It can be expected that the Directive not only will deter companies from committing human rights violations, but also will encourage them to adopt positive policies to support or promote their enjoyment. For this reason, although protection of human rights is not the primary objective of the Directive, it can become an effective mechanism for this purpose.

**23.** Through the pursuance of its immediate objectives, the Directive should result in an improvement of the business-human rights relation. To some extent, this is a common trait that the Di-

<sup>44</sup> P. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, op. cit., p. 525.

<sup>45</sup> S. JOSEPH, “Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights”, *Netherlands International Law Review*, No 46, 1999, p. 175.

<sup>46</sup> A. GATTO, *Multinational Enterprises and Human Rights. Obligations under EU Law and International law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 15, footnote 46.

<sup>47</sup> K. LUKAS, “Human Rights in the Supply Chain: Influence and Accountability”, in R. MARES (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, p. 165.

<sup>48</sup> M. T. KAMMINGA, “Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A Challenge for the EC”, in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 568.

<sup>49</sup> S. DEVA, *Regulating Corporate Human Rights Violations*, Routledge, Oxon, 2012, p. 65.

<sup>50</sup> See also R. PEREA ORTEGA, “La Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y grupos”, *LA LEY mercantil*, No. 15, 2015.

<sup>51</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Disclosure of non-financial and diversity information by large companies and groups – Frequently asked questions”, MEMO 14/301, 2014; please see S. K. PARK / G. BERGER-WALLISER, “A Firm-Driven Approach to Global Governance and Sustainability”, *American Business Law Journal*, No 52(2), 2015, pp. 271-275.

<sup>52</sup> EUROPEAN COMMISSION, Statement “Improving corporate governance: Europe’s largest companies will have to be more transparent about how they operate”, STATEMENT 14/124, 2014.

rective shares with other CSR actions. Please note that this is a different approach to that of applying directly extraterritorial legislation and enforcement measures against human rights violations.

**24.** From a comparative perspective, the Directive shares a common assumption with the Global Reporting Initiative: reporting makes abstract issues tangible and concrete, thereby assisting in understanding and managing the effects of sustainability developments on the organization’s activities and strategy<sup>53</sup>.

## 2. Target companies of the Directive

**25.** The Directive aims to establish obligations for corporations, i.e. large undertakings which are also public-interest entities exceeding the criterion of the average number of 500 employees on balance sheet during the financial year.

**26.** For the purposes of the Directive, public-interest entities are limited liability undertakings or those whose members are limited liability companies (Article 1 Directive 2013/34/EU), i.e. companies: a) governed by the law of a member State and whose transferable securities are traded in regulated markets of any member State; b) credit institutions; c) insurance undertakings; or, d) companies designated by member States as public-interest entities such as undertakings that are of significant public relevance because of the nature of their business, their size or the number of their employees (Article 2.1 Directive 2013/34/EU).

**27.** It is expected that the Directive will affect approximately 6,000 companies and groups across the EU. By April 2014 fewer than 10% (approximately 2,500) of the largest European companies had reported non-financial information regularly, even though there were some provisions –unclear and ineffective– in the Directive 2013/34/EU requiring them to do so.

**28.** Reasons vary as to why the Directive channels its efforts towards these undertakings and not towards small and medium companies. Among these is the EU’s intention to reduce the overall regulatory burden that companies bear. In particular, the EU intends to alleviate the bureaucratic burden of small and medium-sized enterprises (‘SMEs’)<sup>54</sup> in order to improve the business environment for SMEs and to promote their internationalization<sup>55</sup>. This is coherent with the ‘think small first’ principle. Additionally, it must be noted that large companies have broader supply chains than SMEs. The impact of the Directive will be, therefore, higher and its implementation easier with larger companies, the subsidiaries of which will be exempted if they are included in the consolidated management report.

**29.** According to Whereas 14 of the Directive, this limitation of the personal scope of application of the Directive does not prevent member States from requiring disclosure of non-financial information from other kinds of undertakings.

**30.** A comparison of the subjective element of the Directive on the one hand, and that of the 2010 California Transparency in Supply Chains Act (‘CTSCA’) and the UN GPs on the other is relevant<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> GLOBAL REPORTING INITIATIVE, G4 Sustainability Reporting Guidelines, online publication. Available at <https://www.globalreporting.org/resourcelibrary/GRIG4-Part1-Reporting-Principles-and-Standard-Disclosures.pdf> (accessed on 3 January 2017), Preface.

<sup>54</sup> EUROPEAN COUNCIL, Conclusions, 24 and 25 March 2011, CO EUR 6 CONCL 3.

<sup>55</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Europe 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth”, COM (2010) 2020.

<sup>56</sup> There exist comparable European laws to the Directive. Nevertheless we deem that this American law provides a better contrast due to its different approach and solutions. European examples include: in the UK, though with a different scope, deliberations pivot on the 26 March 2015 Modern Slavery Act; in Denmark prior to the Directive, § 99 a of the Danish Financial Statement Act was amended on 12<sup>th</sup> June 2012 by the Act on the Creation of a New Mediation and Grievance Mechanism for Responsible Business Conduct so that businesses expressly account for the topic human rights and climate impact reduction in the management review; in Norway CSR issues reporting, including human rights, is mandatory as provided for in amended §

31. The CTSCA requires the following elements in its target companies: a specific activity (retail sellers or manufacturers), a territorial connection (doing business in California)<sup>57</sup> and a minimum size (gross receipts that exceed \$100,000,000). The UN GPs demand respect for human rights from all enterprises regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure. The UN GPs point out that some SMEs can cause severe human rights impacts regardless of their size, the severity of which ought to be judged by the scale, scope and irremediable character. Nevertheless, the UN GPs also mention that the means through which an enterprise should fulfil its human rights responsibilities may also vary depending on whether, and the extent to which, it conducts business through a corporate group or individually.

32. Moreover, it is important to take into account that the repercussion of the contents of the Directive may go further than their initial scope and affect large companies beyond the Directive’s reach. There are reasons for believing so. For example, the Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) currently being discussed could eventually lead to an approximation of the EU and US rules on some regulatory issues affecting trade and business, including reporting duties. Trans-Atlantic regulatory uniformity could have a very significant impact on world companies standing beyond the legal scope of a potential unified regulation due to the international weight of a combined US-EU regulation. Bearing in mind that uncoordinated regulations challenge multinational corporations and keep small and medium-sized business from entering new markets altogether<sup>58</sup>, it is reasonable to expect that if the TTIP is finally signed, transparency measures such as the Directive will be coordinated and set a reference standard<sup>59</sup>.

### 3. Obligations of the companies

33. The fundamental obligation established by the Directive is a reporting duty on non-financial issues. This is no conceptual innovation. Article 46 (1) (b) of Directive 78/660/EEC as modified by Directive 2003/51/EC on the annual and consolidated accounts of certain types of companies provided that, where appropriate and to the extent necessary for an understanding of the company’s development, performance or position, the annual report shall also contain non-financial information, including information relating to environment and employee matters. But very few companies adopted transparency commitments as a result of that indication. The original wording of Article 19 of Directive 2013/34/EU, prior to modification, contained a similar provision requiring the inclusion of non-financial information only “*where appropriate*”<sup>60</sup>.

34. The Directive follows a ‘pursue or explain’ strategy and combines voluntary and mandatory dispositions. The only obligation added by the new Directive is “*to include in the management report a non-financial statement containing information to the extent necessary for an understanding of the undertaking’s development, performance, position and impact of its activity, relating to, as a minimum, environmental, social and employee matters, respect for human rights, anti-corruption and bribery matters, including:*

- a) a brief description of the undertaking’s business model;*
- b) a description of the policies pursued by the undertaking in relation to those matters, including due diligence processes implemented;*

3.3 of the Norwegian Accounting Act, and; in France: (i) prior to the enactment of the Directive, § L.225-102-1 of the Commercial Code as amended by the Loi n° 2010-788 of 12 July 2010 (Loi Grenelle II) and its 26 April 2012 implementation decree, requires human rights issues reporting; (ii) prior to the enactment of the Directive § 8 of the Loi n° 2014-773 of 7 July 2014 on the guidance and programming of development and international solidarity policy requires that corporations establish risk management procedures in order to prevent human rights abuses.

<sup>57</sup> In the sense of Revenue and Taxation Code Section 23101.

<sup>58</sup> T. J. BOLLYKY / A. BRADFORD, *op. cit.*, p. 2.

<sup>59</sup> In fact, eighty (80) percent of the potential economic gains from the TTIP agreement depend on reducing the conflicts and duplication between their rules (BOLLYKY / BRADFORD, *op. cit.*, p. 1).

<sup>60</sup> European Commission, “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large companies and groups”, COM (2013) 207 final.

- c) *the outcome of those policies;*
- d) *the principal risks related to those matters linked to the undertaking’s operations including, where relevant and proportionate, its business relationships, products or services which are likely to cause adverse impacts in those areas, and how the undertaking manages those risks;*
- e) *non-financial key performance indicators relevant to the particular business.”*

**35.** This obligation is a duty of mere disclosure. The Directive does not impose any direct requirement to undertake a human rights policy, save the clause establishing that if the company “*does not pursue policies in relation to one or more of those matters, the financial statement shall provide a clear and reasoned explanation for not doing so*”. This obligation contains an obligation to disclose at least the description of the business model and the detection of the risks<sup>61</sup>.

**36.** The Directive does not provide a mechanism ensuring that the explanations are clear and reasoned. This could be a crucial issue, as shown by the corporate governance reporting experience. In relation with this, the “Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the member States”<sup>62</sup> underlined the poor quality of the explanations offered by companies when departing from their corporate governance codes. This is the reason why a large majority of respondents to the 2011 Green Paper on EU corporate governance framework<sup>63</sup> were in favour of requiring companies to provide better explanations for departing from codes’ recommendations. Some national guidelines require tighter standards in this respect. The European Commission has drafted a recommendation on the quality of corporate governance reporting. It contains specific provisions on the quality of the explanations in case of departure from the codes. According to this recommendation, companies should clearly state which specific recommendations they have departed from and, for each departure from an individual recommendation: a) explain in what manner the company has done so; b) describe the reasons for the departure; c) describe how the decision to depart was taken within the company; d) where the departure is limited in time, explain when the company envisages complying with a particular recommendation; e) where applicable, describe the measure taken instead of compliance and explain how that measure achieves the underlying objective of the specific recommendation or of the code as a whole, or clarify how it contributes to good corporate governance of the company. The information should be sufficiently clear, accurate and comprehensive to enable shareholders, investors and other stakeholders to assess the consequences arising from the departure from a particular recommendation. It should also refer to the specific characteristics and situation of the company, such as size, company structure or ownership or any other relevant features. Explanations for departures should be clearly presented in the corporate governance statement in such an accessible way for shareholders, investors and other stakeholders. This could be done, for example, by following the same order of recommendations as in the relevant code or by grouping all explanations for departure in the same section of the corporate governance statement, as long as the method used is clearly explained<sup>64</sup>. The same problem will have to be addressed in relation with the explanations mentioned in the Directive.

**37.** The Directive allows a broad margin of discretion to member States to specify the extension of the disclosure duty. The minimum content of the transparency requirement is the one established in letters a) to e) mentioned above. Beyond these, the terms are vaguer: “*to the extent necessary for an understanding*”.

<sup>61</sup> EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE, “EU Directive on the disclosure of non-financial information by certain large companies online publication”, 2014. Available at <http://www.corporatejustice.org/On-15-April-2014-the-European.html?lang=en> (accessed on 3 January 2017).

<sup>62</sup> RISKMETRICS GROUP, “Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States”, Contract No. ETD 2008/IM/F2/126, 2009.

<sup>63</sup> EUROPEAN COMMISSION, Green Paper “The EU corporate governance framework”, COM (2011) 164 final.

<sup>64</sup> EUROPEAN COMMISSION, Commission Recommendation of 9 April 2014 on “the quality of corporate governance reporting (‘comply or explain’)”, European Commission document 2014/208/EU.

**38.** In coherence with the UN GPs, the Directive also provides an ‘emergency exit’ clause<sup>65</sup> that allows for information relating to impeding developments or matters in the course of negotiation to be omitted in exceptional cases involving a serious disadvantage to the commercial position of corporations.

**39.** Another manifestation of the flexibility of the Directive is the fact that it does not impose the reporting framework to be used by corporations; it allows them to opt for a national, Union-based or international framework. This is consistent with the Preamble’s flexibility in this regard: *“allowing for high flexibility of action, in order to take account of multidimensional nature of CSR and the diversity of the CSR policies implemented by business”*.

**40.** As pointed out, it must be borne in mind that *“the publication of a sustainability report can be viewed as effective if the sustainability-related information provided in the report forms the basis for meaningful interaction between the company and its internal and external stakeholders. (...) Given the context-specific nature of sustainability, we would expect different companies and stakeholders groups to focus on different sustainability-related priorities”*<sup>66</sup>.

**41.** But the above-mentioned flexibility should be compatible with providing sufficient comparative standards that meet the needs of investors and other stakeholders. Comparability is one of the most important principles of the Directive, as it is in the Global Reporting Initiative. In its G4 Global Sustainability Reporting, the Global Reporting Initiative asserts that the information should be presented in a manner that enables stakeholders to analyse changes in the organization’s performance over time, and which could support analysis relative to other organizations.

**42.** By 6 December 2016, upon consultation with relevant stakeholders, the Commission will prepare *“non-binding guidelines on methodology for reporting non-financial information, including non-financial key performance indicators, general and sectorial, with the view to facilitating relevant, useful and comparable disclosure of non-financial information by undertakings”*. This is consistent with Principle 3 c) of the UN GPs that provides that in meeting their duty to protect, states should provide *effective guidance* to business enterprises on how to respect human rights throughout their operations.

**43.** As mentioned, the statement will normally be incorporated into the management report. Nevertheless, member States may allow for a separate report if published in conjunction with management reports in accordance with the publicity requirements of Directive 2013/34/EU or if the separate report *“is made publicly available within a reasonable period of time, not exceeding six months after the balance sheet date, on the undertakings website, and is referred to in the management report”*.

**44.** This aspect of the Directive may be compared with the CTSCA. The CTSCA is also based on the combination of a modest legal obligation with a broad flexibility of performance for the companies subject to it. The main common point between the Directive and the CTSCA is that none of them establishes direct obligations. However, although the Directive follows the same smart mix concept idea, the CTSCA and the Directive differ in the delimitation of their areas of concern. While the CTSCA focuses on the eradication of slavery and human trafficking, the Directive focuses on environmental, social and employment matters, respect for human rights, anti-corruption and bribery matters. The CTSCA addresses more peremptory issues. While the goal of the Directive is closer to the development of a sustainable economy, the CTSCA is more concerned with the prevention of human rights crimes, a fact that could be regarded as a paradigm shift because up until that moment the private sector had no role in combating human trafficking<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE, op. cit.

<sup>66</sup> R. BARKEMEYER / L. PREUSS / L. LEE, “On the effectiveness of private transnational governance regimes – Evaluating corporate sustainability reporting according to the Global Reporting Initiative”, *Journal of World Business*, No. 50, 2015, p. 314.

<sup>67</sup> J. TODRES, “The Private Sector’s Pivotal Role in Combating Human Trafficking”, *California Law Review*, No. 3, 2012, p. 190.



45. Further, due to the fact that the CTSCA deals primarily with supply chain concerns, it may be understood that the CTSCA contains a higher extraterritorial vocation than the Directive and its impact will be, therefore, more powerful in other countries.

46. Both the CTSCA and the Directive coincide in enumerating a minimum of disclosure requirements in relation with the matters mentioned, but the CTSCA is more concrete in defining these minimums: verification of product supply chains to evaluate and address risks; conducting audits to evaluate supplier compliance with company standards; requiring direct suppliers to certify that materials incorporated into the product comply with the laws; internal accountability standards and procedures for employees or contractors failing to meet standards, and; providing employees and management who have direct responsibility for supply chains training on these matters particularly with respect to mitigating risks.

47. It is relevant to note that the CTSCA requires companies to disclose “*to what extent, if any*”<sup>68</sup> the mentioned points are dealt with. This wording implies that companies shall provide details of its performance<sup>69</sup>. But at the same time it means that not performing any action on a specific point is not a breach of the law.

48. There exist significant differences between the Directive and the CTSCA in the disclosure mode. Under the CTSCA the disclosed information shall be posted on the corporation’s “*Internet Web site with a conspicuous and easily understood link to the required information placed on the business’s homepage*”<sup>70</sup>. In the unlikely event that the corporation does not have an internet web site, “*consumers shall be provided the written disclosure within 30 days*” of receiving a request from a consumer. The publication in the website makes it easier for consumers –not only the ones in California but also worldwide consumers– to access to the information. In the case of the Directive, it is likely that only NGOs taking the time to consult the management report will make the disclosure made in the management report known to the general public.

#### 4. Monitoring the fulfilment of the obligations

49. Member States have the obligation to ensure that the statutory auditor or audit firm checks whether the non-financial statement has been provided. This is a compulsory control mechanism providing for the effective accomplishment of the Directive’s disclosure obligation. Notwithstanding this, the most interesting provision is the one stating that member States may require that the information “*be verified by an independent assurance services provider*”. This could be the key to the efficacy of the Directive. Indeed, it is very important to ensure that the information will be reliable. Some member States’ laws foresee criminal liabilities for directors who falsify annual accounts or other documents that record the legal or financial status of a company when a financial damage to shareholders or partners or to third parties is caused (Article 290 of the Spanish Criminal Code). Should these provisions include non-financial statements?

50. Along these lines, the Directive requires member States to impose collective responsibility and liability for members of the administrative, management and supervisory bodies of an undertaking acting within the competence assigned to them by national law to ensure that management reports (among other documents) are drawn up and published in accordance with the requirements of Directive 2003 as modified (Article 33 of Directive 2013/34/EU as amended). However, the Directive excludes from the auditing requirements of the management report the non-financial statement (Article 34 of Directive 2013/34/EU as amended).

<sup>68</sup> Section 3 (c).

<sup>69</sup> J. TODRES, op. cit., p. 190.

<sup>70</sup> Section 3 (b).

51. The only possible intervention of the public authorities in the functioning of the CTSCA could be that of an action of injunctive relief brought by the Attorney General if one of the listed companies does not fulfil its obligation to disclose. Contrary to what is foreseen in the Directive, under the CTSCA companies have no obligation to explain why no policy has been adopted, they must only disclose the fact that they have failed to adopt any policy.

## 5. Assessment

52. Although the Directive does not create direct obligations on companies beyond the reporting one, and although the Directive still needs national transposition in order to be effectively implemented, areas of improvement can be detected taking into consideration the principles set by the UN GPs and the very objectives and principles settled in the Directive’s preamble.

53. Firstly, the ‘flexibility’ issue. One of the principles informing the Directive –Whereas 3 of the Directive– is the flexibility of action. This is consistent with the UN GPs, which recognize that communication can take a variety of forms, including the formal reporting itself, the stipulations of which should take into account variations in the size and structures of companies.

But this flexibility may affect negatively the minimum level of comparability the Directive aims at; for instance, flexibility leaves room for adjustments and more favourable ways of presenting a company’s non-financial performance<sup>71</sup>. As one of the goals of the Directive is to provide consumers and investors with information allowing them to compare the behaviour of companies, excessive flexibility in reporting may lead to non-comparable reports, thereby frustrating the mechanics foreseen by the Directive–consumers and investors rewarding or punishing companies based on information comparable enough to inform their responsible decisions. The alternative, however, should not be total uniformity, but a solution that enables “*internal and external stakeholders to meaningfully interact with the respective comparison the basis of the information provided in these reports*”<sup>72</sup>.

54. Secondly, the risks associated with the expression “*where relevant and proportionate*”. As already pointed out, the interpretation of this expression is problematic<sup>73</sup> for accuracy and trustfulness in reporting may be avoided taking advantage of the vagueness of this expression.

55. Thirdly, the mention in the UN GPs requiring that companies provide information that is sufficient to evaluate the adequacy of an enterprise’s response to the specific human rights impact involved should complement the Directive’s requirements. When transposing the Directive, member States should establish a mechanism ensuring that companies fulfil this obligation. Member States could further require that the information provided by companies be verified in cases of severe human rights impact. An independent verification of human rights reporting could strengthen the information’s content and credibility. This is essential to achieve an effective impact on stakeholder’s decisions.

56. Fourthly, consumer access to information. Further to the formal reporting obligation, a provision similar to that of the CTSCA requiring online access would facilitate the public’s access to reports. As currently foreseen in the Directive, individual consumer access to reports is not as easy as it would be, were there a visible link on the website of companies.

57. The shortcomings mentioned above may jeopardize the ability of the Directive to generate transparency and stakeholder engagement, a hindrance that could lead companies to produce “*strategic disclosure designed to protect their legitimacy rather than paint a complete picture*”<sup>74</sup> and hinder com-

<sup>71</sup> S. KNEBEL / P. SEELE, “Quo vadis GRI? A (critical) assessment of GRI 3.1 A+ non-financial reports and implications for credibility and standardization”, *Corporate Communications: An International Journal*, No. 20(2), 2015, p. 197.

<sup>72</sup> R. BARKEMEYER, L. PREUSS / L. LEE, *op. cit.*, p. 324.

<sup>73</sup> EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE, *op. cit.*

<sup>74</sup> D. HESS, “Social Reporting and New Governance Regulation: the Prospects of Achieving Corporate Accountability through Transparency”, *Business Ethics Quarterly*, No. 17(3), 2007, p. 455.

panies’ capacity to demonstrate their strong commitment to human rights in comparison with that of their competitors<sup>75</sup>.

**58.** When transposing the Directive, member States should tackle the shortcomings already mentioned by the European Coalition for Corporate Justice, such as the lack of an explicit requirement to report on on-going impacts and incidents, or the need for a clearer explanation of the criteria for determining ‘principal risks’<sup>76</sup>.

## VI. Conclusion

**59.** The purpose of this article is to provide a European viewpoint on the subject of business-human rights by means of analysing what may be conceived as a development tool: the Directive. The approach is a balanced one. Greater development awareness is offered to legally oriented readers while for development-oriented readers a legal introduction is depicted.

**60.** Regarding the development and human rights protection *telos* of the Directive, two issues are raised. The first one touches upon the aptness of the Directive from the viewpoint of the development needs of the countries to which it affects. The suggestion that the reporting of the Directive should be done considering the particularities of the societies affected by corporations and the broader structural impact of corporations is put forward. The second issue touches upon the fact that the Directive is rooted in one of the various existing narratives on the business-human rights relationship. The fact that multiple conflicting narratives exist on the relationship between business and human rights needs to be understood in order to grasp the specificity of the Directive within the wider context.

**61.** Regarding the legal commentary on the Directive, a description of the basic legal aspects is coupled with several improvement proposals. The content of the reporting obligation of the Directive risks being too vague and one hindering comparability. The CTSCA is used as a mirror to suggest potential improvements in this respect. Furthermore, it is suggested that a more stringent audit on the actual content of the disclosure reports could be a key factor contributing to the attainment of the human-rights aim of the Directive.

---

<sup>75</sup> D. HESS, *op. cit.*, pp. 461-462.

<sup>76</sup> EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE, *op. cit.*

COMPETENCIA INTERNACIONAL POR CONEXIÓN EN  
MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y DE  
EFECTOS PATRIMONIALES DE UNIONES REGISTRADAS.  
RELACIÓN ENTRE LOS REGLAMENTOS UE 2201/2003,  
650/2012, 1103/2016 Y 1104/2016

INTERNATIONAL JURISDICTION IN MATTERS OF  
MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES AND PROPERTY  
CONSEQUENCES OF REGISTERED PARTNERSHIPS.  
RELATIONSHIPS AMONG EU REGULATIONS 2201/2003,  
650/2012, 1103/2016 AND 1104/2016

PILAR PEITEADO MARISCAL

*Prof. Titular de Derecho Procesal  
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 08.01.2017 / Aceptado: 14.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3623>

**Resumen:** Este trabajo se centra en la competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de una unión registrada cuando los litigios relativos a estas cuestiones están relacionados con la muerte de uno de los miembros de la pareja o unión, o con la disolución del vínculo. La conexión entre la competencia para tramitar los procesos sucesorio o matrimonial y los relacionados con las consecuencias patrimoniales que entablan los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 tiene muchas ventajas, pero presenta también algunas dificultades que es necesario detectar y resolver.

**Palabras clave:** competencia internacional, régimen económico matrimonial, efectos patrimoniales de uniones registradas, cooperación reforzada.

**Abstract:** This paper focuses on international jurisdiction in matrimonial property regimes or property consequences of registered partnerships when proceedings on those issues are connected to a previous or parallel proceeding on the succession of one of the spouses or partners, or to a matrimonial procedure. The link between both kind of proceedings has advantages, but it also entails some difficulties, which need to be examined and solved.

**Keywords:** international jurisdiction, matrimonial property regime, property consequences of registered partnership, enhanced cooperation.

**Sumario:** 1. Los reglamentos 2016/1103 Y 2016/1104. 1 Reglamentos y cooperación reforzada. 2. Ámbito de aplicación espacial, personal y temporal de los Reglamentos REM y EPUR. 3. Ámbito de aplicación material de los Reglamentos REM y EPUR. A) Delimitación positiva del ámbito de aplicación. B) Delimitación negativa del ámbito de aplicación. Exclusiones. II. Competencia

---

\* Este trabajo se encuadra dentro de los resultados del Proyecto de Investigación “La armonización del proceso civil en la Unión Europea” (DER 2015-64756-P), financiado por el MINECO.

internacional Por conexión en el reglamento REM. 1. Aspectos comunes de la regla de conexión en el Reglamento REM. 2. Conexión con un proceso sucesorio. A) Supuesto primero. B) Supuesto segundo. 3. Conexión con un proceso matrimonial. Competencia internacional por conexión en el reglamento EPUR. 1. Conexión con un proceso sucesorio. 2. Conexión con un proceso dirigido a la disolución o anulación de la unión registrada. IV. Conclusión.

## I. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104

### 1. Reglamentos y cooperación reforzada

1. Los recientes Reglamentos de la Unión Europea 2016/1103, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y 2016/1104, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas<sup>1</sup>, no se proyectan sobre asuntos ni cuestiones novedosas para el legislador europeo. Al contrario, tanto los aspectos que regulan (competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento, ejecución de resoluciones) como la materia a la que se refieren (relaciones de pareja, aunque desde la perspectiva concreta de las consecuencias patrimoniales), son facetas del Derecho de la Unión y de la vida de los ciudadanos europeos sobre los que ya concurren otras normas UE<sup>2</sup>. Los Reglamentos se insertan, pues, en un tapiz jurídico que comienza a ser denso, y el objetivo de este trabajo es situarlos en el entramado del que forman parte y revisar cómo se engarzan con las normas jurídicas con las que se encuentran necesariamente relacionados. El estudio se va a centrar en una cuestión muy específica de esta relación entre normas, en la competencia internacional para conocer de los litigios relativos a los regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de uniones registradas cuando estos litigios concurren, bien con un proceso relativo a la sucesión *mortis causa* de uno de los cónyuges o miembros de la unión, bien con un proceso que tiene por objeto la disolución del matrimonio o de la unión.

2. Los Reglamentos REM y EPUR establecen una cooperación reforzada. No es la primera, pero sí de las primeras, y esto los hace particularmente interesantes desde la perspectiva política. La cooperación reforzada, como instrumento político-legislativo, puede lograr un efecto de avanzadilla, de banco de pruebas, si funciona de modo que varios Estados “ensayan” una regulación a la que después se irán incorporando otros que inicialmente fueron remisos por distintas razones. Pero puede introducir también un factor de desconfianza entre Estados miembros, porque un conjunto de Estados sacan adelante una regulación a la que otros se oponen, prescindiendo del consenso y de la integración. Evidentemente, se trata de una regulación que no afecta a los Estados que no se integran en la cooperación; o más exactamente, que no les es aplicable, porque puede que sí les termine afectando, en diversos planos, la disparidad de regímenes jurídicos con otros Estados miembros del entorno. En cualquier caso, el conjunto de la UE no debe perder de vista en los próximos años hacia dónde evolucionan estas primeras cooperaciones reforzadas y qué efectos imprevistos o colaterales provocan.

La visión más negativa de la cooperación reforzada es la que late en el recurso que España e Italia formularon contra la Decisión del Consejo que autorizó una cooperación reforzada en materia de protección mediante una patente unitaria (Decisión 2011/167/UE), mientras que la STJUE de 16 de abril de 2013, que resuelve el recurso desestimándolo, se sitúa en una perspectiva mucho más favorable. También la decisión del Consejo de autorizar una cooperación reforzada en el ámbito del impuesto sobre las transacciones financieras (Decisión 2103/52/UE) fue impugnada, en este caso por el Reino Unido<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> En adelante Reglamento REM 2016/1103 y Reglamento EPUR 2016/1104, respectivamente.

<sup>2</sup> Sobre los antecedentes de estas normas y sus relaciones con otros instrumentos que concurren en el ámbito del Derecho de familia *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, nº 40, 2016.

<sup>3</sup> Comentarios interesantes a estos dos recursos y sentencias pueden verse, respectivamente, en A. ALCOCEBA GALLEGU, “El limitado control del Tribunal de Justicia sobre el Consejo al autorizar una cooperación reforzada”, *Revista General de Derecho*

El recurso fue desestimado por STJUE de 30 de abril de 2014. En cambio, la Decisión del Consejo UE/2016/954, que autorizó las cooperaciones reforzadas que dieron lugar a los Reglamentos REM y EPUR no fue recurrida, y tampoco hay impugnaciones anunciadas ni formuladas contra los Reglamentos promulgados.

3. En el campo estrictamente jurídico, que los Reglamentos establezcan una cooperación reforzada no tiene más repercusión que la relativa a su ámbito espacial de aplicación, puesto que se trata de normas sólo vinculantes para los Estados miembros que forman parte de la cooperación reforzada, como disponen en sus respectivos artículos 70.2 tanto el Reglamento REM como el Reglamento EPUR<sup>4</sup>. Inicialmente, la cooperación reforzada se articula entre los Estados que se incluyen en la Decisión que autoriza la cooperación reforzada. En el caso de los Reglamentos REM y EPUR, con origen ambos en la Decisión UE/2016/954, la cooperación reforzada se establece entre los Estados de Bélgica, Bulgaria, Chequia, Alemania, Grecia, España, Francia, Croacia, Italia, Chipre, Luxemburgo, Malta, Holanda, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia, de modo que los Reglamentos REM y EPUR no se aplican por los tribunales de los Estados miembros restantes.

4. La participación en la cooperación reforzada no tiene por qué ser inicial, sino que pueden ir incorporándose a ella Estados inicialmente no agregados, en los términos establecidos por el artículo 328.1 TFUE, es decir, siempre que acepten las condiciones inicialmente pactadas en la Decisión de autorización y los actos posteriormente adoptados en su marco. El Considerando 13 de los Reglamentos REM y EPUR señala expresamente que tanto la Comisión como los Estados integrados en la cooperación deben fomentar la participación de otros Estados miembros.

En cierto modo, la UE va entrando en esta dinámica. Puede tomarse como ejemplo lo que está sucediendo con una norma anterior y que se proyecta también sobre esta parcela del Derecho. El Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que implicaba a catorce Estados miembros –España entre ellos– ha recibido recientemente a su decimoquinto integrante, puesto que Estonia se ha incorporado a la cooperación reforzada mediante la Decisión de la Comisión 2016/1366, de 10 de agosto.

## 2. Ámbito de aplicación espacial, personal y temporal de los Reglamentos REM y EPUR

5. Los Reglamentos REM y EPUR son vinculantes únicamente para los Estados integrados en la cooperación reforzada, ya enumerados en el Epígrafe anterior. Éstos, sin embargo, los aplicarán a todas las cuestiones suscitadas ante sus tribunales respecto de regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de uniones registradas que tengan dimensión transfronteriza, independientemente de la nacionalidad o de la residencia de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada. Puesto que los Reglamentos no exigen que ninguna de las partes se encuentre domiciliada en un Estado miembro participante en la cooperación reforzada, y tampoco que lo esté en un Estado miembro de la UE, los Estados integrantes de la cooperación reforzada aplicarán los Reglamentos tanto a nacionales de otros Estados de la Unión que no forman parte de la cooperación reforzada como a personas que ni son nacionales ni están domiciliadas en ningún Estado miembro de la Unión. No hay, pues, ningún límite subjetivo o personal a la aplicación de los Reglamentos REM y EPUR.

6. Es necesario detenerse un momento sobre el carácter transfronterizo del litigio como presupuesto de aplicación de los Reglamentos, que no se menciona en el articulado pero sí en los Considerandos. En concreto, el Considerando 14 de los Reglamentos REM y EPUR establece que “De

---

*Europeo* n° 31, 2013, y en L.M. MULEIRO PARADA, “La cooperación reforzada en el impuesto sobre transacciones financieras”, *La Ley Unión Europea*, n° 22, 2015.

<sup>4</sup> Como se irá viendo, los Reglamentos REM y EPUR son paralelos, tanto en estructura como en contenido, y las diferencias entre ellos son las que están irremediablemente determinadas por las diferencias que a su vez existen entre matrimonio y unión registrada. Para no hacer muy pesadas las citas, se realizarán de manera conjunta, como ahora, cuando coinciden el número del artículo y el contenido.

conformidad con el artículo 81 del TFUE, el presente Reglamento debe aplicarse en el contexto de los regímenes económicos matrimoniales (“efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en el caso del Reglamento EPUR) con repercusión transfronteriza”<sup>5</sup>. En cierta medida, el carácter transfronterizo del asunto como presupuesto de aplicación del Reglamento parece obvio: en materia civil y mercantil la legislación de la Unión está dirigida a eliminar obstáculos que impiden la libre circulación de personas, bienes y resoluciones judiciales por el territorio UE, de modo que las normas europeas se proyectan sobre asuntos en los que pueden alzarse tales obstáculos, asuntos que afectan a varios Estados. Además, e interpretado *sensu contrario*, el artículo 35 de ambos Reglamentos refuerza la exigencia del elemento transfronterizo como requisito de aplicación, puesto que declara que “Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales (“efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en el caso del Reglamento EPUR) no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente”<sup>6</sup>. Si no están obligados es porque la norma no se aplica a estos supuestos, es decir, a los que tienen una dimensión solo estatal, puesto que si estuviese prevista para ellos, los Estados miembros estarían evidentemente sujetos a la obligación de aplicarla.

Sí que resulta posible que, sin infringir lo dispuesto en el artículo 35 de los Reglamentos REM y EPUR, Estados con unidades territoriales infraestatales que albergan regímenes jurídicos diferentes en materia de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de uniones registradas decidan que los conflictos entre estos conjuntos de normas van a resolverse conforme a las reglas de los Reglamentos REM y EPUR. Pero esto no significa que el ámbito de aplicación de los Reglamentos no exija un elemento transfronterizo; lo que sucede es que otra norma distinta e interna de un Estado miembro extiende los criterios del Reglamento (en el ejercicio de su soberanía estatal, como podía haber adoptado cualesquiera otros) a situaciones no incluidas por el Reglamento en su ámbito de aplicación.

7. Delimitar con precisión el ámbito de aplicación de estos Reglamentos no se logra, sin embargo, apuntando simplemente la exigencia de una repercusión transfronteriza, de que el litigio afecte a Estados distintos, sino que requiere determinar en qué consisten esta “afección”, o esta “repercusión”. Dicho de otro modo, ¿qué grado de internacionalización debe tener un asunto para que se considere “transfronterizo”?

Entiendo que la respuesta a esta cuestión es “cualquiera”. Y que, precisamente por esta amplitud e indeterminación, el legislador de los Reglamentos REM y EPUR no define “transfronterizo” ni incluye la exigencia en el articulado, sino que se limita a apuntarla entre los fundamentos de la norma. Nos puede ayudar a verlo un ejemplo en sentido contrario. Los Reglamentos que regulan el proceso monitorio europeo y el proceso europeo de escasa cuantía<sup>7</sup> definen, ambos en su artículo 3, qué debe entenderse por “transfronterizo” a efectos de su aplicación. Y lo hacen porque en el tipo de proceso de que se trata en ambos casos, reclamaciones de deudas dinerarias, hay algunos elementos de internacionalización que sí importan (particularmente, los que dificultan que el demandado se entere de la demanda y pueda oponerse a ella) y otros que no tienen ninguna trascendencia (la ley que se aplica al negocio jurídico del que deriva la reclamación, la nacionalidad de las partes o el lugar en que se encuentran situados sus patrimonios). De manera que si el deudor reside en un Estado miembro distinto a aquél ante cuyos tribunales el acreedor reclama la deuda, la reclamación de cantidad se considera transfronteriza y el acreedor podrá valerse del monitorio europeo, o del proceso europeo de escasa cuantía. Pero si el deudor reside en el Estado ante cuyos tribunales se ejercita la acción, la reclamación no es transfronteriza y el acreedor tendrá que servirse de los procesos que prevea la legislación interna del Estado de que se trate, aunque el propio acreedor resida en un Estado distinto, cualquiera de las partes sea nacional de un Estado distinto o el deudor tenga bienes en un Estado distinto.

<sup>5</sup> El paréntesis es mío.

<sup>6</sup> El paréntesis es mío.

<sup>7</sup> Reglamento CE 1896/2006, de 12 de diciembre, por el que se establece un proceso monitorio europeo, DOUE L 399/1 de 30 de diciembre de 2016 y Reglamento CE 861/2007 de 11 de julio, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, DOUE L 199/1 de 31 de julio de 2007, respectivamente.

Los procesos de disolución y liquidación de régimen económico o relativos a los efectos patrimoniales de uniones registradas son, en cambio, procesos universales, es decir, procesos que se proyectan sobre un patrimonio completo, y que van a reformular la configuración y la titularidad de ese patrimonio. Son, además, procesos que pueden tener algún vínculo o ligazón con el estado civil de las partes o con procesos previos relativos al estado civil de las partes, y en los que pueden recaer resoluciones susceptibles de ser inscritas en registros relativos a personas o a bienes, o trascendentes respecto de asuntos relacionados con la responsabilidad parental. En este paisaje tan delicado, cualquier elemento de internacionalidad es relevante: no sólo importa si el Estado ante el que se suscita el litigio es o no el del domicilio de las partes, sino que adquieren interés factores como la nacionalidad de las partes, la ley conforme a la que se celebró el matrimonio o se registró la unión, o el lugar de situación de los bienes que configuran el patrimonio que se va a liquidar. De modo que el tribunal ante el que se suscitan cuestiones relativas al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de una unión registrada debe aplicar los Reglamentos REM o EPUR si estima que la resolución del asunto puede tener cualquier tipo de repercusión en un Estado distinto, sea éste de la Unión Europea o no.

8. El legislador europeo ha elegido la misma técnica que ya aparece en el Reglamento 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Varios de los considerandos de esta norma (los números 1, 7 y 67) aluden a los procesos sucesorios con repercusiones transfronterizas; sin embargo, el articulado no menciona la dimensión internacional del asunto como presupuesto para la aplicación del Reglamento. Toda la doctrina, no obstante, coincide en que la internacionalidad de la situación sucesoria constituye un requisito implícito del ámbito de aplicación material del Reglamento<sup>8</sup>. Lo mismo sucede en el Reglamento 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. Tanto los procesos sucesorios como los concursales son, igual que los procesos relacionados con la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial o con los efectos patrimoniales de las uniones registradas, procesos universales.

Que pueda deducirse que el elemento internacional forma parte del ámbito de aplicación de los Reglamentos REM y EPUR, y que parezca lógica una interpretación amplia de lo que puede entenderse por situación transfronteriza no elimina la crítica al legislador europeo que, como señala QUINZÁ, elude explicitar estos aspectos en todas las normas que no se limitan a la ley aplicable sino que extienden su objeto a cuestiones tales como la competencia internacional o el reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos<sup>9</sup>. Este mismo autor pone un ejemplo que considera dudoso: ¿es transfronteriza la situación del régimen económico de un matrimonio con nacionalidad y residencia comunes, en el mismo Estado miembro, pero con cuentas corrientes, o participación en sociedades o bienes de cualquier tipo en otros Estados miembros? ¿Tendrían que someterse al Reglamento REM los litigios que surgieran en torno a este régimen económico matrimonial? A mi juicio, sí. Las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial no tienen amparo en ningún otro Reglamento, puesto que están excluidas del ámbito de aplicación tanto del RB I bis como del RB II bis, de manera que quedarían diferidas a la ley interna de los Estados miembros. Y es muy posible que tanto el Estado de nacionalidad como el de residencia, y también los Estados en los que están situados los elementos patrimoniales, tuvieran normas de conflicto que les permitirían tanto estimarse competentes como aplicar su legislación sustantiva a la resolución de la cuestión relativa al régimen económico, y que los hipotéticos resultados de esos procesos fueran diferentes entre sí y difíciles de conciliar, que es precisamente la situación que los Reglamentos REM (en un caso como éste) y EPUR (en uno equivalente y relativo a la situación patrimonial de una unión registrada) pretenden evitar.

9. El régimen temporal está definido en los artículos 69 y 70.2 de los Reglamentos REM y EPUR, y se sintetiza en los siguientes tramos:

<sup>8</sup> Vid. por todos J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, 2014, págs. 31-32.

<sup>9</sup> J.P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, 2016, págs. 310 y 311.



- Los Reglamentos están en vigor desde el día 29 de julio de 2016, a los veinte días de ser ambos publicados en el DOUE.
- Desde ese mismo día, 29 de julio de 2016, son aplicables los artículos 65, 66 y 67 de ambos Reglamentos, es decir, los que se refieren a las distintas tareas de comunicación de datos a la Comisión por parte de los Estados y elaboración de los certificados y formularios previstos en los Reglamentos por parte de la Comisión.
- El 29 de abril de 2018 entran en vigor los artículos 63 y 64, que contienen la obligación de que los Estados miembros redacten una información sobre su legislación y procesos internos en las materias de los Reglamentos, para que sea accesible a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.
- Los Reglamentos completos serán aplicables a partir del 29 de enero de 2019. Esto significa que:
- Los Reglamentos se aplicarán a las acciones judiciales que se ejerciten, los documentos públicos que se formalicen y las transacciones judiciales que se aprueben a partir del 29 de enero de 2019 (artículo 69.1 Reglamentos REM y EPUR).
  - Los Reglamentos serán igualmente aplicables para el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas después del 29 de enero de 2019 aunque las acciones judiciales se hubiesen ejercitado antes de esa fecha, pero solo si el tribunal que las dictó resultaría también competente para hacerlo conforme a los Reglamentos, es decir, se atribuyó competencia sobre la base de reglas de competencia conformes con las que los Reglamentos establecen (artículo 69.2 Reglamentos REM y EPUR).
  - Las normas de los Reglamentos que regulan la ley aplicable (las del Capítulo III en ambos casos) solo pueden afectar a quienes hayan celebrado su matrimonio o establecido la ley aplicable a su régimen económico matrimonial después del 29 de enero de 2019; o bien registrado su unión o establecido la ley aplicable a las consecuencias patrimoniales de la unión registrada después del 29 de enero de 2019 (artículo 69.3 Reglamentos REM y EPUR).
- Si en el futuro otros Estados miembros se integran en la cooperación reforzada, los Reglamentos serán aplicables para ellos a partir de la fecha de la Decisión que autorice su incorporación (artículo 70.2 Reglamentos REM y EPUR).

### 3. Ámbito de aplicación material de los Reglamentos REM y EPUR

**10.** Los Reglamentos REM y EPUR tienen un ámbito de aplicación equivalente. Evidentemente no es el mismo, puesto que el Reglamento REM se aplica a los litigios relativos al régimen económico matrimonial y el Reglamento EPUR a los conflictos que se refieren a los efectos patrimoniales de uniones registradas. Pero, *mutatis mutandis*, (y lo que muda es la configuración de la relación jurídica de la que deriva la existencia de un patrimonio común o conjunto, sea cual fuere el grado de comunidad que exista), la definición de lo que queda incluido en el ámbito de aplicación de las normas y lo que se excluye de ellas es idéntica, tiene los mismos parámetros, de modo que se abordarán de manera conjunta.

**11.** Sí hay una diferencia entre ambos Reglamentos, que no afecta tanto al ámbito de aplicación en sí como a su origen o punto de partida. El Reglamento REM no define “matrimonio”, remitiéndose expresamente el Considerando 17 al Derecho interno de cada Estado miembro en cuanto a lo que se considere matrimonio. Sin embargo, el Reglamento EPUR sí establece lo que debe entenderse por “unión registrada” en el artículo 1 a): “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación”.

El Considerando 17 del Reglamento EPUR se ocupa de matizar que la definición de unión registrada se hace a los solos efectos del propio Reglamento EPUR. Puesto que se trata de una categoría jurídica delicada y sensible, que presenta diferencias notables en los ordenamientos jurídicos que la contemplan (muchos otros ni siquiera la regulan) y que tiene unos límites borrosos con otras figuras como

las uniones de hecho, el Reglamento no introduce un concepto de interpretación autónoma, tan común en el Derecho europeo, sino algo mucho más limitado, a modo de criterio hermenéutico para la propia norma. En esta línea, el Considerando 16 afirma que “debe establecerse una distinción entre las parejas cuya unión se halla institucionalmente sancionada mediante su registro ante una autoridad pública y las parejas vinculadas por uniones de hecho”. Pero, como advierte la doctrina, la realidad es que no solo quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento EPUR las uniones puramente de hecho, sino también todas las reguladas pero no registradas<sup>10</sup>. Podríamos preguntarnos, incluso, si quedan excluidas aquéllas que estén registradas pero que hayan adquirido tal carácter por voluntad de sus miembros, pero no porque la norma que las regula establezca su registro como obligatorio o constitutivo.

La opción por no definir lo que puede entenderse por matrimonio o por limitar el concepto de unión registrada es ciertamente respetuosa con las legislaciones internas de los Estados miembros. Pero, a la vez, no es una decisión exenta de problemas puesto que, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ PINEAU, particularmente respecto de las parejas homosexuales, hay relaciones estables que en unos Estados van a ser calificadas como matrimonio, y van a entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento REM, y en otros serán consideradas uniones, resultándoles aplicable el Reglamento EPUR<sup>11</sup>.

### A) Delimitación positiva del ámbito de aplicación

**12.** El artículo 1 Reglamento REM establece que éste se aplicará a los regímenes económicos matrimoniales, entendiendo por régimen económico matrimonial, según define el artículo 3.1 a) “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”.

La doctrina considera generalmente que tal definición, y puesto que la norma no distingue, abarca también al conocido como “régimen matrimonial primario”, es decir, al conjunto de disposiciones que regulan en cada legislación determinadas consecuencias y efectos de carácter patrimonial que alcanzan a todo matrimonio por el hecho de serlo, independientemente del régimen económico convenido por los cónyuges<sup>12</sup>.

**13.** El sentido completo del concepto de régimen económico matrimonial que formula el artículo 1 y, con él, del ámbito de aplicación del Reglamento REM, se alcanza, como sucede frecuentemente en los Reglamentos, poniéndolo en relación con los Considerandos y con otros artículos de la misma norma. Así, del Considerando 18 se desprende:

- Que el concepto de régimen económico matrimonial se configura como autónomo y está constituido tanto por las normas legales que en cada Estado lo regulen, sean imperativas o de aplicación opcional para los cónyuges, como por las normas convencionales que en el ejercicio de la autonomía de su voluntad alcancen los cónyuges en forma de pactos o capitulaciones, definidas en el artículo 3.1 b) como “acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial”.
- Que el objeto de estas normas legales y convencionales que constituyen el régimen económico matrimonial es la regulación de toda relación patrimonial entre los cónyuges y de los cónyuges con terceros que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución. Esto tiene dos implicaciones interesantes:

<sup>10</sup> Vid. J.M FONTANELLAS MOREL, “Una primera lectura de las propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en PARRA RODRÍGUEZ, C. (Dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Barcelona, 2012, pág. 260, que pone además varios ejemplos con la legislación española en materia de uniones. C.GONZÁLEZ BEILFUSS, “The proposal for a Council regulation on the property consequences of registered partnerships”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, 2011, págs. 184 y 185, desarrolla las razones por las que la Propuesta, relativa inicialmente a todo tipo de parejas de hecho, desembocó finalmente en una norma aplicable solo a las uniones registradas.

<sup>11</sup> E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, págs. 944-945.

<sup>12</sup> Vid. J.M FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura...”, cit., pág. 262.

- Aunque la capacidad jurídica general de los cónyuges está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento, sí se integran en él, en cambio, todas las cuestiones relativas a las facultades y derechos de los cónyuges sobre su patrimonio, entre sí y por lo que respecta a terceros (Considerando 20).
  - Las cuestiones relativas a la titularidad (transmisión o ajuste) de derechos de pensión o invalidez devengados durante el matrimonio pero que no hayan producido ingresos en forma de pensión durante éste están igualmente excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento<sup>13</sup>; sí se incluyen, sin embargo, la clasificación de los activos de pensiones, los importes ya percibidos por uno de los cónyuges durante el matrimonio y la posible compensación que procedería en caso de pensiones suscritas con bienes comunes (Considerando 23).
- Que el ámbito de aplicación del Reglamento se extiende a cualquier aspecto de Derecho Civil del régimen económico matrimonial, sea propio de su administración ordinaria, sea consecuencia de su liquidación.

Esta última consideración que refuerza la idea de que las normas de régimen primario están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, puesto que suelen ser normas que están más relacionadas con la administración ordinaria del patrimonio que con su liquidación.

**14. El Reglamento EPUR** contiene una regulación sustancialmente paralela, prácticamente literal, en la que “régimen económico matrimonial” cambia por “efectos patrimoniales de las uniones registradas”. Así, el artículo 1 establece que el Reglamento se aplicará a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, y éstos se definen, en el artículo 3.1 b), como “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión o su disolución”. Aunque en los Considerandos del Reglamento EPUR no hay ninguna referencia a la posibilidad de que este conjunto de normas proceda tanto de la ley como del acuerdo entre los miembros de la unión, no cabe duda que así sucede también, puesto que el artículo 3.1 c) define “capitulaciones de la unión registrada”, y lo hace en los mismos términos en los que el artículo 3.1 b) del Reglamento REM describe las capitulaciones matrimoniales. Por lo demás, el Reglamento EPUR incluye en sus Considerandos 18, 20, y 23 los mismos matices en cuanto a lo que debe considerarse incluido en el concepto de efectos patrimoniales de las uniones registradas que los explicados respecto del régimen económico matrimonial en el Reglamento REM.

## **B) Delimitación negativa del ámbito de aplicación. Exclusiones**

**15.** Los artículos 1 de los Reglamentos REM y EPUR son idénticos en cuanto a las exclusiones de su ámbito de aplicación, que se mueven en dos niveles distintos. El artículo 1.1 de ambos Reglamentos los declara no aplicables a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas, que, pese a tener una trascendencia patrimonial clara, no entran en el ámbito de la relación de los cónyuges entre sí o con terceros, se sobreentiende que particulares y no Administraciones Públicas. El artículo 1.2, en cambio, enumera un conjunto de cuestiones que sí son de Derecho privado, incluso de Derecho de familia algunas de ellas, y que tienen en muchos casos trascendencia patrimonial, pero carecen del carácter disponible que sí es propio de las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial. Así, quedan excluidos del ámbito de aplicación de ambos Reglamentos la capacidad jurídica de los miembros del matrimonio o unión; la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio o unión; las obligaciones de alimentos; la sucesión por causa de muerte entre los miembros del matrimonio o unión; la seguridad social; el derecho de transmisión o ajuste de los derechos de pensión de jubilación o invalidez devengados durante la vigencia del matrimonio o unión y que no hayan producido ingresos en forma de pensión durante dicha vigencia; la naturaleza de los derechos reales sobre bienes; y las inscripciones registrales, incluyendo requisitos y efectos, de derechos sobre bienes muebles e inmuebles.

<sup>13</sup> J.P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial...*, cit., págs. 307 y 308 sitúa esta exclusión en lo diferentes que son en la regulación de este punto los regímenes jurídicos de los distintos Estados miembros.

16. Respecto de la exclusión relativa a la naturaleza de los derechos reales, tanto en el Reglamento REM como en el Reglamento EPUR, el Considerando 24 explicita que de la aplicación de ambos Reglamentos puede resultar la creación o transmisión de Derechos sobre bienes muebles o inmuebles. El efecto que no puede operarse a causa de la aplicación de estos Reglamentos es que los Estados con un sistema *numerus clausus* de derechos reales se vean obligados a reconocer, sobre bienes que se encuentran en sus territorios, otros derechos reales distintos de los contemplados en sus ordenamientos jurídicos. No obstante, y puesto que el respeto a los ordenamientos internos debe ser compaginado con el derecho que tienen los miembros de la pareja o del matrimonio a disfrutar en unos Estados miembros de los derechos que les son reconocidos en otros, ambos Reglamentos regulan, en sus respectivos artículos 29 (y explican en los Considerandos 25) la adaptación del derecho real invocado por una parte e inexistente en el Estado miembro en que se pretende hacer valer, al derecho real más próximo que se prevea en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, atendiendo a los objetivos, intereses y efectos del derecho real cuya aplicación o reconocimiento pretenden las partes.

17. Los Considerandos 27 y 28 de ambos Reglamentos se ocupan de delimitar la exclusión que afecta a las inscripciones registrales, y que alcanza a todos sus requisitos y efectos. Lo cierto es que se trata de una norma coherente con otras -como el artículo 24 del Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil- que vinculan de forma exclusiva todas las cuestiones relativas a las inscripciones registrales al Estado en que se encuentra el Registro, sea a su legislación interna, sea a la competencia de sus tribunales. Lo que sí debe llevarse a cabo en los Estados miembros conforme a las normas de los Reglamentos REM y EPUR -y, en concreto, a sus respectivos artículos 58- es la aceptación del valor probatorio de los documentos públicos expedidos en los restantes Estados miembros, de modo que la inscripción debe sujetarse a los requisitos establecidos por el Estado miembro del Registro pero puede hacerse sobre la base del documento público expedido por otro Estado miembro.

18. El artículo 58 de los Reglamentos REM y EPUR reconoce a los documentos públicos que se quieran hacer valer en un Estado miembro el mismo valor probatorio que les otorga el Estado miembro donde fueron expedidos, salvo que ese valor sea “manifiestamente” contrario al orden público del Estado miembro requerido. Este reconocimiento es automático; no lo es, en cambio, su ejecutividad, que requiere de una previa declaración de fuerza ejecutiva conforme al artículo 59 de ambos Reglamentos.

## II. Competencia internacional Por conexión en el reglamento REM

19. Uno de los objetivos del Reglamento REM es establecer los criterios conforme a los que los tribunales de los Estados miembros determinarán su competencia para litigios relativos al régimen económico matrimonial que tengan repercusiones transfronterizas. El Reglamento usa dos técnicas distintas. En primer lugar, juega con un criterio de conexidad y economía procesal: cuando los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros conozcan, bien de la sucesión *mortis causa* de uno de los cónyuges con base en el Reglamento 650/2012, bien de una demanda de separación, nulidad o divorcio con base en el Reglamento 2201/2003, serán también competentes para resolver las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial conectadas a la sucesión o a la disolución del vínculo (artículos 4 y 5 Reglamento REM)<sup>14</sup>. En segundo lugar, y para los casos en los que la conexidad no existe o no es aplicable, establece un complicado sistema de puntos de conexión, en el que algunos elementos se relacionan de forma alternativa y otros de manera subsidiaria (artículos 6 a 11 Reglamento REM).

Como se ha dicho, este estudio se centra en el examen de los supuestos en los que la competencia para conocer de un litigio relativo al régimen económico matrimonial se fija por conexión con un proceso previo, ya sea sucesorio, causado por la muerte de uno de los cónyuges, ya sea matrimonial,

---

<sup>14</sup> Hay que recordar que toda referencia a los Estados miembros debe entenderse hecha a los Estados que forman parte de la cooperación reforzada en cuyo seno se aprueba el Reglamento REM.

instado para disolver el vínculo conyugal mediante divorcio, separación o declaración de nulidad. Como se va a ver con detalle a continuación, lo que ocurre en estos casos es que la competencia respecto del régimen económico matrimonial se declara a favor del Estado cuyos tribunales conocen de la sucesión *mortis causa* o del proceso matrimonial, produciéndose así una especie de remisión a las normas de competencia internacional establecidas en los Reglamentos 650/2012 y 2201/2003.

**20.** La competencia para el proceso relativo al régimen económico matrimonial se determina de forma independiente, y no por conexión, en dos supuestos:

- En los casos en los que no hay un proceso previo de sucesión *mortis causa* o de disolución del vínculo conyugal. Puede que no sean procesos muy numerosos, pero desde luego son imaginables, y tienen lugar en la realidad, los supuestos en los que las cuestiones relativas al patrimonio conyugal no están vinculadas a la disolución del matrimonio *inter vivos* o *mortis causa*. El artículo 77 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, permite que el cónyuge del concursado casado en gananciales u otro régimen de comunidad de bienes inste la disolución del régimen económico matrimonial ante el juez del concurso. Una previsión equivalente se encuentra en el artículo 541 LEC, a favor del cónyuge del ejecutado casado en gananciales. Y sucede en muchos casos que parejas separadas de hecho pero que no han disuelto su matrimonio ni su régimen económico común, instan la intervención judicial para cuestiones relacionadas con él.
- En los casos en los que tal proceso previo existe, pero se sustancia ante órganos jurisdiccionales de un tercer Estado. A estos efectos, son también terceros Estados los Estados miembros de la UE que no forman parte de la cooperación reforzada y a los que, por tanto, no les es aplicable ni aplican el Reglamento REM.

**21.** Podría pensarse aún en un tercer supuesto, aunque se trate de una hipótesis casi de laboratorio, y consiste en que el proceso previo exista, y ante los tribunales de un Estado miembro, pero éstos no hayan determinado su competencia para conocer de él con base en los Reglamentos 650/2012 o 2201/2003, sino con base en sus normas internas de Derecho Internacional Privado. Es difícil, puesto que ambos Reglamentos deben ser aplicados por los Estados miembros independientemente de la nacionalidad y domicilio de las partes entre las que se suscite el litigio, y eso conlleva una eficacia casi total de las normas reglamentarias y un margen pequeñísimo para las propias de los Estados miembros; pero, aunque sea por error, es posible que el tribunal de un Estado miembro entienda, por ejemplo, que una determinada sucesión no tiene carácter transfronterizo y que, como consecuencia, no resuelve sobre su competencia con base en el Reglamento 650/2012 sino aplicando su legislación interna. Como se verá, el hecho de declararse competente conforme a la propia legislación y no según las normas europeas aplicables impediría la conexión competencial entre los tribunales del Estado miembro ante los que se tramitan los procesos sucesorio o matrimonial y los tribunales que deben asumir el conocimiento del proceso relativo al régimen económico matrimonial.

## **1. Aspectos comunes de la regla de conexión en el Reglamento REM**

**22.** La regla de competencia por conexión podría enunciarse de forma rápida diciendo que el Estado miembro cuyos tribunales tienen competencia para conocer de una sucesión *mortis causa* o de la disolución de un vínculo matrimonial, la atrae también para que sus tribunales conozcan de las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial. Pese a que parece una regla clara, hay que detenerse en algunos de sus elementos, y también es necesario tener en cuenta que el enunciado es incompleto –es decir, está demasiado simplificado– en lo que se refiere a la competencia para conocer de cuestiones conexas a la disolución del vínculo conyugal.

**23.** Lo primero en lo que hay que reparar es en que la conexión se establece a favor de tribunales de Estados miembros. Quiere decirse que si se suscitase ante los tribunales de un Estado miembro un

litigio relativo al régimen económico matrimonial de unos cónyuges que tienen entablado un proceso de nulidad, separación o divorcio ante los tribunales de un tercer Estado, los tribunales que han recibido la demanda no deben abstenerse de oficio estimando competentes a los tribunales del Estado en que se sustancia el proceso matrimonial, sino que deben verificar si concurren en ellos los puntos de conexión de los artículos 6 y siguientes del Reglamento REM, porque la competencia por conexión no es aplicable al no estar conociendo del proceso matrimonial un tribunal de un Estado miembro. Lo mismo sucede si el litigio relativo al régimen económico matrimonial deriva de la sucesión *mortis causa* de uno de los cónyuges, que se sustancia ante el tribunal de un tercer Estado. En estos supuestos, la economía procesal y la conexidad retroceden ante un valor superior, consistente en no ceder más soberanía jurisdiccional de la estrictamente imprescindible o, en su versión positiva, en que los Estados miembros asuman todos los litigios que estén razonablemente conectados con sus ciudadanos o con sus territorios, sin renunciar a ellos en beneficio de terceros Estados, de Estados que no forman parte de la UE.

**24.** En segundo lugar, hay que tener en cuenta que para que la competencia se determine por conexión no es solo necesario que del proceso sucesorio o matrimonial esté conociendo un tribunal de un Estado miembro, sino que éste debe haberse atribuido competencia para tales procesos sucesorio o matrimonial con base en los Reglamentos 650/2012 o 2201/2003, respectivamente, y no con base en sus normas propias de Derecho internacional privado. Parece razonable que sea así. Establecer la competencia para conocer de los litigios relativos al régimen económico matrimonial por su conexión con otros litigios distintos introduce un factor de dispersión y un cierto riesgo de que el tribunal que resulte finalmente competente no sea especialmente idóneo para las cuestiones propias del régimen económico, aunque sí pueda serlo para la sucesión o la disolución del vínculo conyugal –riesgo que en ocasiones se materializa, como después se verá–. Este riesgo está más o menos controlado o es asumible cuando se conocen bien los foros propios de la sucesión o de la disolución del vínculo matrimonial a los que se difiere la competencia para conocer del régimen económico, es decir, cuando se trata de los foros establecidos para todos los Estados miembros por las normas europeas. Pero resultaría un peligro excesivo de dispersión de criterios que el legislador europeo difiriera la competencia para enjuiciar cuestiones relativas al régimen económico matrimonial a los foros que los Estados aplican cuando el litigio sobre la sucesión o la disolución del vínculo no entra en el ámbito de los Reglamentos 650/2012 o 2201/2003. Son foros que el legislador europeo no abarca, porque forman parte de la legislación interna de los Estados, y cuya idoneidad para asumir también cuestiones relativas al régimen económico matrimonial no ha podido valorar. De modo que si ante los tribunales de un Estado miembro se suscita un litigio relativo al régimen económico matrimonial relacionado con una sucesión *mortis causa* o un proceso de disolución del vínculo conyugal que se sustancian ante los tribunales de otro Estado miembro, pero la competencia de este otro Estado para conocer no se funda en los Reglamentos 650/2012 o 2201/2003 sino en sus normas de Derecho internacional privado, no hay competencia por conexión para conocer de las cuestiones relativas al régimen económico a favor de los tribunales de este último Estado, y el tribunal que ha recibido la demanda debe verificar si concurre en él alguno de los puntos de conexión a que se refieren los artículos 6 a 11 del Reglamento REM.

**25.** El tercer elemento en el que hay que detenerse consiste en que las reglas de competencia de los artículos 4 y 5 del Reglamento REM lo son solo de competencia internacional, y no de competencia objetiva, funcional o territorial. Dicho de otro modo, los artículos 4 y 5 señalan a los tribunales del Estado miembro en el que se conoce de la sucesión o de la disolución del vínculo conyugal, pero no establecen la obligación de que la competencia recaiga en el mismo tribunal ante el que se sustancia el proceso sucesorio o matrimonial. La determinación del tribunal concreto que terminará resolviendo el litigio sobre el régimen económico corresponde a las normas de Derecho interno de cada Estado, de modo que la conexidad y la economía procesal son solo relativas, tienen lugar solo en la medida en que el Derecho de cada Estado las prevea internamente.

Algunas normas de algunos Reglamentos europeos tienen mayor alcance que el de la determinación de la competencia internacional, y fijan también la competencia territorial, de modo que no tiene competencia internacional cualquier tribunal del Estado miembro señalado por el Reglamento al que le corresponda según las normas internas del Estado, sino que solo la tiene el del lugar del Estado indicado

en el Reglamento. Así sucede con muchas de las previsiones del artículo 7 del Reglamento Bruselas I bis, que no se remiten a los órganos jurisdiccionales de un Estado, sino al órgano jurisdiccional concreto de un lugar: el de cumplimiento de la obligación, el de producción del daño o el de situación del bien cultural que se pretende recuperar, por poner algunos ejemplos. Pero no hay hasta el momento normas reglamentarias que entren en la determinación de la competencia objetiva, es decir, del tipo de tribunal que debe ocuparse del asunto, salvo en un caso que también se encuentra en el artículo 7 del Reglamento Bruselas I bis. Se trata de los supuestos en que la acción civil derivada de delito puede acumularse a la penal porque la legislación interna del Estado lo permite; entonces, el artículo 7.3 del Reglamento atribuye competencia para resolver sobre la acción civil al tribunal que conoce del proceso penal.

Esta construcción tiene sentido solo en el caso específico de la acción civil acumulada al proceso penal. El artículo 7 del Reglamento Bruselas I bis ofrece al demandante un conjunto de foros alternativos al domicilio del demandado, que es la regla general de atribución de competencia internacional en asuntos civiles. Si no existiera el foro del artículo 7.3, el perjudicado por la comisión de un delito con repercusiones transfronterizas tendría que ejercitar la acción civil ante el domicilio del demandado (que, a causa de los caracteres propios de la competencia en asuntos penales, es muy posible que no coincida con el Estado en que se está sustanciando el proceso penal), incluso en los supuestos en que la legislación interna del Estado en el que se sustancia el proceso penal le permitiese acumular ambas. Sin embargo, no tendría sentido que la norma de competencia para el régimen económico matrimonial dijese que le corresponde al tribunal que conoce del proceso sucesorio o matrimonial con el que se vincula el litigio sobre el régimen económico si la legislación interna del Estado permite acumular ambos asuntos, porque eso es algo que ya va a suceder al establecer la competencia internacional a favor del Estado del proceso sucesorio o matrimonial, puesto que la acción relativa al régimen económico tendrá que ser ejercitada ante los tribunales que disponga la legislación interna del Estado, sean los mismos que conocieron del proceso sucesorio o matrimonial del que trae causa el asunto o no.

La decisión de no vincular competencia internacional y objetiva se revela aún más adecuada si se atiende a que en casi todos los Estados miembros hay cuestiones sucesorias (y también, aunque mucho más tímidamente, relativas a la disolución del matrimonio) que no se atribuyen a órganos jurisdiccionales, sino a otras autoridades o profesionales como los notarios. Sería problemático que el Reglamento vinculase las acciones sucesoria o matrimonial y las relativas al régimen económico, puesto que podría suceder que hubiese Estados que las tienen atribuidas, no a tribunales distintos, sino a órganos distintos, sin ninguna posibilidad de acumularlas, como en nuestro ordenamiento ocurre con la sucesión testada ordinaria y las cuestiones atinentes al régimen económico matrimonial.

**26.** Por último, el Reglamento no dice que los procesos sucesorio o matrimonial y relativos al régimen económico matrimonial tengan que ser contemporáneos para que opere la regla de competencia por conexión. Podría pensarse que si lo que se pretende es, precisamente, la acumulación de procesos que tienen vínculos entre sí, debería exigirse que los procesos estuvieran vivos al mismo tiempo, puesto que si el proceso principal terminó y el litigio relativo al régimen económico matrimonial se va a sustanciar solo, tal vez no tenga sentido remitirlo al Estado del proceso matrimonial. Piénsese, por ejemplo, en los casos en los que unos cónyuges casados en gananciales se divorcian -de manera que el régimen ganancial queda disuelto- pero no instan la liquidación del patrimonio común hasta varios años después. Sin embargo, y como ya se ha visto, el Reglamento no impone que el proceso sucesorio o matrimonial y el relativo al régimen económico se sustancien necesariamente ante el mismo tribunal. Simplemente, permite que suceda si la legislación interna de los Estados miembros así lo contempla, pero no es un objetivo directo de la norma, que habría previsto entonces la competencia, no a favor de los tribunales del Estado en el que se conoció del proceso sucesorio o matrimonial, sino directamente a favor del tribunal que sustanció el proceso.

Por otro lado, que los procesos no sean contemporáneos tampoco significa necesariamente que vayan a sustanciarse ante tribunales distintos sino que, de nuevo, dependerá de la legislación interna. En España, por ejemplo, el artículo 807 LEC atribuye los procesos de liquidación del régimen económico matrimonial al Juzgado de Primera Instancia “que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolu-

ción del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil”. Como puede verse, aunque los procesos no se acumulen, sí se acumula la competencia para conocer de ellos.

## 2. Conexión con un proceso sucesorio

27. El artículo 4 del Reglamento REM dispone literalmente que “cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca de la sucesión de uno de los cónyuges en aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial en conexión con esa sucesión”. Las condiciones que establece esta norma para remitir al Estado en el que se conoce de la sucesión de uno de los cónyuges la competencia para el litigio relativo al régimen económico matrimonial son, pues, dos: que sea un órgano jurisdiccional la autoridad que conoce de la sucesión, y que haya determinado su competencia conforme al Reglamento.

28. Tanto el Reglamento 650/2012 como el Reglamento REM mantienen, ambos en sus artículos 3.2 respectivos, un concepto amplio de órgano jurisdiccional, extensible a las autoridades y profesionales distintos de los tribunales que tienen encomendada, en muchos Estados miembros, la realización de un número importante de operaciones sucesorias. En nuestro país se suscitó tras la entrada en vigor del Reglamento 650/2012 la duda sobre si los notarios podían ser considerados órganos jurisdiccionales a sus efectos, puesto que esta norma, en el artículo 3.2, establece condiciones para extenderles el tratamiento de órgano jurisdiccional y lo permite solo en tanto realicen tareas jurisdiccionales -por atribución directa o por delegación o bajo el control de un tribunal-, puedan considerarse imparciales, garanticen el derecho de todas las partes a ser oídas y dicten resoluciones recurribles ante órganos jurisdiccionales y con eficacia similar a la que tendría una resolución judicial equivalente. Gran parte de la doctrina coincidía en que, bajo ese prisma, nuestros notarios no podían considerarse órganos jurisdiccionales; para algunos autores ni siquiera respecto de la tramitación de expedientes de jurisdicción voluntaria, con la excepción de la declaración de herederos *ab intestato*<sup>15</sup>.

Sin embargo, el Gobierno, cumpliendo lo que dispone el artículo 79 del Reglamento de Sucesiones, ha comunicado a la Comisión que los notarios pueden ser considerados tribunales a efectos del artículo 3.2 del Reglamento de Sucesiones, decisión que a su vez la Comisión ha hecho pública a través del Portal Europeo de e-justicia<sup>16</sup>. De manera que, en lo que a la competencia para conocer de los litigios relativos al régimen económico matrimonial se refiere, siempre que un notario español se ocupe de una sucesión con un elemento transfronterizo, se entenderá que lo hace un tribunal, concurriendo así la primera de las condiciones que el artículo 4 del Reglamento REM establece para que el Estado en el que se tramita la sucesión arrastre también la competencia para el litigio relativo al régimen económico matrimonial del cónyuge fallecido.

Evidentemente, la consideración de los notarios como tribunales a efectos del Reglamento 650/2012 también tiene una importante consecuencia a la inversa, y es que estos profesionales deben someterse a las reglas de competencia establecidas en el Reglamento, que sustituyen al régimen de libre elección de notario en lo que a sucesiones transfronterizas se refiere.

29. En segundo lugar, el artículo 4 del Reglamento REM exige que el órgano jurisdiccional que conozca de la sucesión lo haga como consecuencia de la aplicación del Reglamento de sucesiones, el Reglamento 650/2012, y no como consecuencia de la aplicación de otras normas convencionales o internas. Este requisito concurrirá con bastante facilidad una vez que se dé el primero. En efecto, si se aplica el Reglamento REM para dilucidar el Estado a cuyos tribunales compete la resolución de un asunto en materia de régimen económico matrimonial es porque ese asunto tiene una dimensión transfronteriza,

<sup>15</sup> M. ÁLVAREZ TORNÉ, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales*, Madrid, 2013, págs. 129 y ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo...*, cit., págs. 57 y ss.; G. PALAO MORENO y G. ALONSO LANDETA, en IGLESIAS BUÍGUES y PALAO MORENO (Dir.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, 2015, págs. 57-60. La declaración de herederos *ab intestato* está regulada en los artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado, introducidos por la disposición final undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>16</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_succession-166-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-es.do)



puesto que de otro modo no habría que considerar el Reglamento; y, si el litigio relativo al régimen económico matrimonial tiene una dimensión transfronteriza, es muy posible que también la tenga la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges y que, como consecuencia, la autoridad encargada de tramitarla tenga que aplicar para ello el Reglamento 650/2012. Se trata de una exigencia razonable: el Reglamento REM determina la competencia por remisión a una norma cuyos foros de competencia proceden del mismo legislador, son conocidos y aceptados por él, construyendo así un sistema que resulta coherente e integrado.

**30.** En general, esta regla de competencia por conexión es oportuna y adecuada, y la doctrina la valora positivamente. Es cierto que, como se ha dicho, no significa que del litigio relativo al régimen económico matrimonial vaya a conocer el mismo tribunal ante el que se tramita el proceso sucesorio, y que esto solo sucederá en tanto las normas procesales internas del Estado de que se trate prevean esta acumulación. Pero por un lado, el artículo 4 Reglamento REM la hace posible al prever que ambas acciones se ejerciten en el mismo Estado y, por otro, lo que sí facilita completamente esta competencia por conexión es la eficacia de las resoluciones que se dicten en ambos procesos, puesto que indudablemente lo resuelto sobre el régimen económico influirá en el proceso sucesorio, y esta influencia resultaría más difícil de articular si cada una de las resoluciones procediera de tribunales de Estados distintos.

**31.** El foro más habitual para las sucesiones transfronterizas en el sistema del Reglamento 650/2012 es el del Estado miembro de última residencia del causante, que puede ser también un foro adecuado en muchos casos para las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial<sup>17</sup>. Sin embargo, y puesto que el sistema de competencia del Reglamento de Sucesiones tiene una cierta complejidad –no artificiosa, la complejidad proviene de lo difícil y multiforme que puede ser la cuestión sustantiva en sí– hay al menos dos supuestos en los que la extensión automática de la competencia para el proceso sucesorio a los litigios relacionados con el régimen económico matrimonial puede no ser la solución más idónea.

#### **A) Supuesto primero**

**32.** Presupuesto. *La regla de competencia general para los procesos sucesorios se establece a favor de los tribunales del Estado de residencia habitual del causante (artículo 4 del Reglamento Sucesiones). Sin embargo, si éste designó como ley aplicable a la sucesión la de su nacionalidad (única opción posible conforme al artículo 22 del Reglamento de Sucesiones), y era nacional de un Estado miembro, las partes interesadas pueden acordar que la competencia para la sucesión se atribuya a los tribunales (o a uno de ellos en concreto) del Estado de la ley aplicable (vid. artículos 5, 6 y 7 del Reglamento de Sucesiones).*

**33.** La atribución de competencia a los tribunales del Estado miembro de nacionalidad del causante (y solo a los del Estado miembro; si el causante elige su ley nacional como ley aplicable pero no es nacional de un Estado miembro, la ley se aplicará pero la competencia internacional no se podrá atribuir al Estado de nacionalidad, sino que se resolverá conforme al resto de los foros del Reglamento 650/2012) puede leerse como un reflejo de la cada vez mayor extensión que la autonomía privada tiene en el campo de la determinación del foro aplicable. Como explica FERACI –lúcidamente, a mi juicio–, este fenómeno se asienta en un cambio sustancial que se va produciendo en el modo de concebir la función jurisdiccional en los sistemas de Derecho Internacional Privado, puesto que ésta se observa y

---

<sup>17</sup> M. REQUEJO ISIDRO, “La coordinación de la competencia judicial internacional en el Derecho Procesal Europeo de la familia (Sucesiones y régimen económico matrimonial y de las uniones registradas)”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO, y M.P. GARCÍA RUBIO, *Estudios de Derecho de Sucesiones*. Liber amicorum T.F. Torres García, Madrid, 2014, pág. 1212 señala que en un número elevado de casos será además el de convivencia del matrimonio antes de la muerte del causante, puesto que este criterio se apoya en la identificación de vínculos fuertes entre un sujeto y un territorio, y uno de ellos es la vida familiar. Sin embargo, es mucho más seguro para cuestiones relativas al régimen económico el lugar de la última residencia del matrimonio que es, en cambio, un foro menos apropiado para las cuestiones sucesorias.

se entiende más desde la perspectiva de su función en la realización de los derechos e intereses de los ciudadanos que como manifestación de la soberanía de los Estados<sup>18</sup>. Si se continúa leyendo en este sentido, se comprende que una parte de la doctrina entienda que este único margen que ofrece el Reglamento de Sucesiones para la autonomía de la voluntad en cuanto a la determinación de la competencia es insuficiente, y que el legislador europeo tendría que haber introducido la posibilidad de fijarla mediante sumisión expresa y tácita.<sup>19</sup>

**34.** La posibilidad de que las partes designen el foro busca previsibilidad y reducción de tiempos y de costes, es decir, seguridad para las partes y mayor eficiencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta mayor eficacia se produce no solo porque puedan evitarse retrasos o dudas en la determinación de la competencia, sino también porque la elección de foro proporciona la posibilidad de que las partes atribuyan competencia a los tribunales del Estado cuya ley es aplicable a la sucesión, y es indudable que aplicar su propia ley sustantiva facilita la labor del tribunal y el desarrollo del proceso. Creo que no es descabellado pensar que, en esta facultad que se otorga a las partes de acordar la atribución de competencia al Estado de nacionalidad del causante cuando éste ha establecido su ley como aplicable, es determinante esta reunificación de aspectos sustantivos y procesales en un mismo Estado, que el propio Reglamento permite que el causante rompa al otorgarle esta posibilidad –para muchos, francamente perturbadora del sistema- de realizar una *proffesio iuris* a favor del Estado del que es nacional<sup>20</sup>.

**35.** Y es que, pese a los indudables beneficios para las partes de las posibilidades de ampliar su poder de disposición también a la determinación del tribunal competente, no hay que perder de vista que los procesos sucesorios son procesos especiales, que pueden afectar a muchos sujetos con distintas situaciones e intereses jurídicos. Y cuando muchas personas distintas pueden concurrir como parte a un proceso, es posible que las ventajas que se asocian a la elección de foro se conviertan en inconvenientes, tanto para algunas de esas partes como para el propio proceso. En el caso que nos ocupa, no es fácil prever quiénes serán las partes interesadas, ni si éstas van a querer o no extender al foro la elección de la ley aplicable que ha hecho el causante ni, por último, si lograrán el acuerdo entre todas, documentándolo además como exige el Reglamento de Sucesiones. Pero es que además hay que tener en cuenta que todas estas dificultades en la determinación de la competencia tienen efectos externos al propio proceso sucesorio, por la *vis attractiva* del proceso sucesorio sobre el litigio relativo al régimen económico matrimonial. Es muy posible que lo que convenga a los herederos no sea lo más adecuado para el cónyuge del causante, que suele encontrarse en una posición distinta a la del resto de los herederos.

**36.** El artículo 5.2 del Reglamento de Sucesiones establece los requisitos formales del acuerdo: por escrito, fechado y firmado por quienes lo adoptan. Esta norma considera igualmente escrito el acuerdo documentado a través de sistemas electrónicos que permitan un registro duradero, pero creo que de los términos literales de esta norma es posible entender que lo electrónico cubre la exigencia de lo escrito, pero no de la fecha ni de la firma, de modo que la comunicación electrónica, para ser considerada un acuerdo formalmente válido, tendrá que llevar incorporada una firma también electrónica, de modo que se garantice que quienes aparecen como intervinientes en el acuerdo lo son realmente.

**37.** La doctrina ha puesto de manifiesto que no siempre es sencillo determinar quiénes son las partes interesadas, a efectos del acuerdo para extender la competencia al Estado de la ley aplicable que regula el Reglamento de sucesiones<sup>21</sup>. Pero, además, aunque no hubiera duda sobre quiénes son las par-

<sup>18</sup> O. FERACI, “Autonomía de la voluntad y competencia judicial internacional en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en materia de familia y sucesiones”, en L. AGUILAR RUIZ, J.L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, (Coords), *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI*, Madrid, 2014, pág. 278.

<sup>19</sup> Puede verse en este sentido I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional y sucesiones internacionales. Costes de litigación y eficiencia económica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº8, vol. 1, 2016, págs. 334-342.

<sup>20</sup> Sobre la importancia de este criterio como favorecedor de la reunión de *forum* y *ius* puede verse F.M. BUONAIUTI, en CALVO CARAVACA, DAVÍ y MANSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, págs. 150-151.

<sup>21</sup> En este sentido, con diferentes ejemplos, *vid.* F. ODESKY, en BERGQUIST et al., *EU Regulation on Succession and Wills*,

tes interesadas en un supuesto concreto, el proceso de fijación de la competencia en estos casos es muy complicado, puesto que existen dos modalidades de acuerdo diferentes, con diferentes obligaciones del tribunal designado en cada caso; se prevé la posibilidad de que, aun sin acuerdo, un interesado le pida al tribunal del Estado de residencia que decline su competencia en favor del Estado de nacionalidad, por estar mejor situado para abordar la sucesión; se regulan tanto la sumisión tácita de los interesados que no se integraron en el acuerdo como la impugnación de la competencia del tribunal del Estado de nacionalidad por parte de estos interesados excluidos del acuerdo; se plantea la duda de si pueden alcanzarse acuerdos de competencia parciales, solo relativos algunos aspectos de la sucesión que afecten a su vez solo a varios herederos, y sin necesidad por tanto de que los restantes intervengan en ese acuerdo...<sup>22</sup> Como puede verse, es un supuesto de determinación de la competencia complicado para el propio ámbito de aplicación de la norma que lo regula, cuánto más para supuestos distintos, aunque evidentemente relacionados.

**38.** Por esta razón, algunas voces propugnaron, cuando el Reglamento REM estaba todavía en fase de Propuesta, que fuese necesario el acuerdo del cónyuge superviviente para extender la competencia para el proceso sucesorio al litigio relativo al régimen económico matrimonial<sup>23</sup>. El legislador europeo no acogió esta propuesta, de manera que el actual artículo 4 Reglamento REM no sujeta la extensión al proceso sobre el régimen económico matrimonial de la competencia del tribunal que conoce de la sucesión a ninguna condición.

A mi juicio, tal propuesta no era particularmente acertada, puesto que para solucionar algunos casos complejos (no puede olvidarse que estamos hablando de supuestos problemáticos dentro de una opción que generalmente es bien acogida, la de vincular el proceso sucesorio con el relativo a cualquier cuestión referida al régimen económico matrimonial) se otorgaría al cónyuge superviviente la facultad de elegir en todos los casos si se dirige al tribunal que conoce de la sucesión o al que le señalen los restantes foros del Reglamento REM. Esta facultad de elección a favor del cónyuge podría suponer a su vez un perjuicio para los herederos, en cuanto que sobre el mismo patrimonio -ya que tanto los procesos sucesorios como los relativos al régimen económico matrimonial son juicios universales- podrían dictarse resoluciones distintas por parte de tribunales de Estados distintos, con el riesgo de que las que recaigan en el Estado que ha conocido del proceso sucesorio no sean reconocibles ni ejecutables en el Estado que resultó competente para el litigio sobre el régimen económico matrimonial y viceversa; basta tener en cuenta que una de las causas que impide tanto el reconocimiento como la declaración de fuerza ejecutiva de una resolución procedente de un Estado miembro es que se haya dictado entre las mismas partes, en el Estado en el que se pretenden el reconocimiento o la ejecución, en otro Estado miembro o incluso, bajo ciertas condiciones, en un tercer Estado, una resolución inconciliable con aquella cuyo reconocimiento o ejecución se pretenden<sup>24</sup>. Y no es tan extraño suponer que los diferentes tribunales puedan resolver de manera distinta sobre el inventario, o la formación de lotes, la adjudicación de bienes a uno u otro cónyuge, el reconocimiento de créditos entre los cónyuges o cualquier otra cuestión de las muchas y delicadas que concurren en estos procesos.

Es cierto que las resoluciones inconciliables podrían evitarse en estos casos a través de las reglas de conexidad que ambos Reglamentos contienen en sus respectivos artículos 18. Pero, si se miran con atención estas normas, idénticas, se comprenderá que sería por completo ilógico disociar cuestiones que

---

Colonia, 2013, págs. 72-73. F.M. BUONAIUTI, *The EU Succession Regulation...*, cit., pág. 156, considera inevitable que, tras el acuerdo, aparezcan sujetos interesados de cuya existencia las partes que lo alcanzaron no fueron conscientes, y admite que no hay más modo de abordar estos problemas que mediante la impugnación de la competencia fundada en el acuerdo, o su aceptación tácita, según prevé el artículo 9 del Reglamento de Sucesiones.

<sup>22</sup> El estudio de esta regla de competencia en toda su profundidad y complejidad queda fuera del objeto de este trabajo. No obstante, me han parecido particularmente interesantes y acertados los análisis de F.M. BUONAIUTI, *The EU Succession Regulation...*, cit., págs. 162-181 y, más breve, de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo...*, cit., págs. 73-78.

<sup>23</sup> P. QUINZÁ REDONDO, y J. GRAY, "La (des)coordinación entre la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 13, 2013, pág. 522.

<sup>24</sup> *Vid.* artículos 37 y 51 del Reglamento REM, y artículos 40 y 52 del Reglamento de Sucesiones.

desde su origen están conectadas -puesto que no solo sustantivamente son conexas, sino que procesalmente el legislador las ha vinculado mediante el artículo 4 del Reglamento REM- para resolver después los problemas que esa disociación plantea a través de las normas de conexidad, que ofrecen como una solución posible entablar de nuevo la conexión. O suspender uno de los procesos mientras se tramita el otro, que no es la mejor opción si existe la posibilidad de que ambos avancen paralelamente y sin estorbarse.

**39.** Pienso, por tanto, que el modo más adecuado de solventar todas estas dificultades pasa, no tanto por la modificación del Reglamento REM, sino por una interpretación del Reglamento de Sucesiones que tenga siempre por parte interesada al cónyuge supérstite a los efectos del acuerdo que permite desplazar la competencia para conocer del proceso sucesorio del tribunal de la residencia habitual del causante al tribunal de su nacionalidad, en los casos en los que éste acuerdo es posible por concurrir los requisitos del artículo 5.1 del Reglamento de Sucesiones. Esta interpretación le permitiría al cónyuge ser tenido en cuenta para adoptar el acuerdo que traslada la competencia; aceptarla, sometiéndose tácitamente a ella si no le molesta o incluso le beneficia, aunque no haya sido parte del acuerdo; e impugnar la competencia del Estado de nacionalidad del causante, si no ha participado en la adopción del acuerdo que se la atribuye y además le perjudica, logrando así que la competencia vuelva al Estado de residencia habitual del causante. Pienso que la cualidad o condición de parte interesada es innegable para el cónyuge supérstite: aunque no se viese afectado por el fondo del asunto del proceso sucesorio -situación que rara vez sucederá, pero que es posible- hay que convenir que se ve afectado completamente por el acuerdo que desplace la competencia hacia el Estado de nacionalidad del causante, porque cualquier proceso sobre el régimen económico matrimonial mediante el que estaba vinculado con el causante tendrá que promoverlo ante los tribunales del Estado que conozca de la sucesión.

**40.** Dos pequeñas cuestiones hay que hacer notar para cerrar este punto. Una, a modo de mero recordatorio: el artículo 5.1 del Reglamento de Sucesiones permite que las partes interesadas en una sucesión en la que el causante ha elegido como ley aplicable la de su nacionalidad en los términos del artículo 22 (es decir, es nacional de un Estado miembro), señalen como competentes a los tribunales de ese Estado o a un tribunal concreto, es decir, les permite determinar no solo la competencia internacional sino también la territorial. Pero esta elección, si se realiza, no se traslada al litigio relativo al régimen económico matrimonial, puesto que la competencia en este caso se define a favor de los tribunales del Estado que haya conocido del proceso sucesorio, y no del tribunal concreto que lo haya hecho. De nuevo, pues, proceso sucesorio y relativo al régimen económico se sustanciarán ante el mismo tribunal si así lo prevé la legislación interna, y ante tribunales distintos si no existe en el régimen procesal del Estado de que se trate tal regla de acumulación.

**41.** La segunda es un poco más complicada. He dicho antes que ser considerado siempre como parte interesada en la sucesión le permitiría al cónyuge supérstite que no ha tomado parte en el acuerdo de desplazamiento de la competencia del tribunal de la residencia habitual al de la nacionalidad, bien aceptarlo y someterse tácitamente a él, bien impugnarlo. Ahora bien; los últimos Reglamentos UE que, en diversos ámbitos de aplicación, regulan la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros y permiten que ésta se fije mediante sumisión tácita del demandado, introducen -con acierto- una norma dirigida a que el tribunal verifique que el demandado que comparece ante un tribunal incompetente, pero al que la sumisión tácita del demandado le otorgaría competencia, conoce las consecuencias que se derivan para la competencia del tribunal de la actuación procesal que va a llevar a cabo. Este sistema está bien articulado cuando todos los afectados por la competencia del tribunal actúan en el mismo tiempo, dentro del mismo proceso, pero su funcionamiento dista de ser claro cuando la competencia para un proceso condiciona la de otro que puede sustanciarse en un momento posterior. Supongamos que los herederos acuerdan desplazar la competencia para la sucesión al tribunal del Estado del que era nacional el causante, que resulta ser España, y que el cónyuge queda excluido de ese acuerdo y, por las razones que sean, también del proceso sobre la sucesión que se sustancia (por ejemplo, porque se refiere a un patrimonio privativo del cónyuge fallecido, anterior su matrimonio con el cónyuge supérstite y cuyos

herederos son los hijos habidos en el primer matrimonio del cónyuge fallecido). El cónyuge supérstite no se someterá a la competencia del tribunal, porque no realiza actuaciones procesales ante él, pero tampoco la impugnará, porque no es demandado en el proceso. Posiblemente, aunque quisiera interponer declinatoria no lo dejarían, puesto que no es demandado, y no está previsto que pueda hacer uso de la declinatoria quien no es parte en el proceso, aunque acredite un interés legítimo, como es indudable que tendría el cónyuge supérstite, no en el proceso sucesorio pero sí en la competencia del tribunal. Si, posteriormente, el cónyuge supérstite quiere iniciar un litigio relativo al régimen económico matrimonial que compartía con el fallecido, ¿qué hará? No puede interponer demanda ante el tribunal español, porque esto ocasionaría su sumisión tácita, y no quiere someterse a una competencia que se forjó sin su intervención y que no tuvo instrumentos para impugnar. Pero la realidad es que si la interpone ante los tribunales de otro Estado corre el riesgo de que éstos se inhiban, porque no son los que conocieron de la sucesión, o de que el demandado la impugne y vea estimada su declinatoria.

## B) Supuesto segundo

42. Presupuesto. *Cuando la residencia habitual del causante no está en un Estado miembro, pero el causante tiene bienes en un Estado miembro, los tribunales de ese Estado pueden conocer de la sucesión, con diferentes límites y profundidad en función de las circunstancias, aplicando el artículo 10 del Reglamento de Sucesiones.*

43. El artículo 10 del Reglamento de Sucesiones prevé -bajo el revelador rótulo *Competencia subsidiaria*- que, aun no teniendo el causante su residencia habitual en un Estado miembro, pueden conocer de la sucesión completa los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes que componen la herencia<sup>25</sup>, si concurre además, alguna de las siguientes condiciones: a) el causante es nacional del Estado miembro en el que se encuentran los bienes; b) el causante tuvo su residencia habitual en el Estado miembro en el que se encuentran los bienes de la herencia dentro de los cinco años anteriores al momento en el que se suscita el proceso sucesorio. Incluso si ninguna de estas condiciones concurre, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes serán, dice el artículo 10.2 del Reglamento de Sucesiones, competentes para pronunciarse sobre ellos, aunque ya no, claro está, sobre la sucesión completa del causante.

44. Basta una lectura sencilla del artículo 10 del Reglamento de Sucesiones para advertir que la aplicación del conjunto de reglas de competencia que contiene puede provocar concurrencia de jurisdicciones y situaciones de litispendencia, entre otras dificultades de carácter procesal. Sin embargo, y sea cual sea el tribunal que finalmente se haga cargo del proceso sucesorio, a efectos del artículo 4 Reglamento REM se trataría de un tribunal de un Estado miembro que conoce de la sucesión del cónyuge fallecido y que ha fundado su competencia en el Reglamento 650/2012, de manera que los tribunales del Estado de que se trate adquirirían también la competencia para conocer del litigio relativo al régimen económico matrimonial. Aunque tal vez se trate de un Estado que no tenga nada que ver con el cónyuge supérstite o con el resto del patrimonio a que se refiere el litigio sobre el régimen económico matrimonial. Por esta razón, y tanto para minimizar los riesgos de que el proceso relativo al régimen económico esté desconectado del Estado en el que tiene lugar por aplicación de la norma de conexión, como porque creo que es la interpretación de la norma más correcta, pienso que la conexión entre los procesos sucesorio y relativo al régimen económico matrimonial debe producirse en los supuestos del apartado primero del artículo 10 del Reglamento de Sucesiones, pero no en los del apartado segundo. Cuando, respecto de un causante que residía en un Estado no miembro, el Estado miembro en el que hay bienes de la herencia es además el de la nacionalidad del causante o en el que éste tuvo su residencia habitual hasta

<sup>25</sup> La doctrina coincide en que, pese a que la traducción española del Reglamento alude a “los bienes que componen la herencia”, no es necesario que se encuentren en el Estado miembro “todos” los bienes para que concurra el punto de conexión, sino que es suficiente con que haya alguno o algunos. Esta interpretación se apoya en las versiones inglesa y francesa, que se refieren sin más al Estado miembro en que se encuentran bienes de la herencia. *Vid.* por todos J.L. IGLESIAS BUÍGUES, y F. GARÍN ALEMANY, en IGLESIAS BUÍGUES y PALAO MORENO (Dir.), *Sucesiones internacionales...*, cit. págs. 96-98.

no más de cinco años antes de que se inicie el proceso (apartado primero), la competencia del Estado es para conocer de la sucesión completa, y a ésta competencia es a la que se anuda en el artículo 4 REM la competencia para el litigio relativo al régimen sucesorio. Cuando, por el contrario, el causante no residía en un Estado miembro, pero hay bienes de la herencia en un Estado miembro en el que no concurren las condiciones de nacionalidad y/o residencia habitual antes mencionadas (apartado segundo del artículo 10 del Reglamento de Sucesiones), la competencia del Estado lo es para pronunciarse sobre los bienes que se encuentran en su territorio, y no para el proceso sucesorio. En estos casos, la competencia para conocer del litigio relativo al régimen económico matrimonial se determinará, a mi juicio, no por conexión, sino a través del resto de los foros del Reglamento REM.

### 3. Conexión con un proceso matrimonial

45. La regla general en el caso de los procesos matrimoniales es equivalente a la ya vista en los procesos sucesorios, y se enuncia en el artículo 5.1 del Reglamento REM: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial que surja en conexión con dicha demanda”<sup>26</sup>. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en el caso de conexión con un proceso sucesorio, esta regla general puede ceder en favor de otros foros previstos en el Reglamento REM, puesto que, como prevé el artículo 5.2 del Reglamento REM, hay cuatro casos en los que la *vis attractiva* del proceso matrimonial respecto del proceso relativo al régimen económico matrimonial requiere del acuerdo entre los cónyuges; si este acuerdo no concurre, el tribunal que conoce del proceso matrimonial no atraerá hacia sí la competencia para el litigio relativo al régimen económico, que se determinará entonces a través de los foros contenidos en los artículos 6 a 11 del Reglamento REM. El acuerdo de los cónyuges para atribuir competencia respecto del litigio relativo al régimen económico al tribunal que conoce del proceso matrimonial es necesario si:

- El tribunal que conoce del proceso matrimonial es del Estado miembro de residencia habitual del demandante. Para atribuirle esta competencia respecto del proceso matrimonial, el artículo 3.1 a) RB II bis exige que la residencia del demandante radique en el Estado desde al menos un año antes de la interposición de la demanda del proceso matrimonial.
- El tribunal que conoce del proceso matrimonial es del Estado miembro del que el demandante es nacional y en el que reside habitualmente. Para atribuir esta competencia, el artículo 3.1 a) del RB II bis exige que la residencia del demandante radique en el Estado desde al menos seis meses antes de la interposición de la demanda del proceso matrimonial.
- El proceso matrimonial versa sobre la conversión de una resolución de separación judicial en divorcio. En estos casos, el tribunal competente *ex* artículo 5 RB II bis es el que dictó la resolución de separación, aunque en el momento de instarse el divorcio no concurren en él los puntos de conexión establecidos por el artículo 3 RB II bis.
- El tribunal que conoce del proceso matrimonial ha adquirido su competencia de manera residual, en términos del artículo 7 RB II bis, es decir, aplicando su legislación interna.

46. La regla general no requiere demasiada explicación. Como ocurría con el supuesto anterior, de conexión con el proceso sucesorio, la competencia para el litigio relativo al régimen económico matrimonial conexo con un proceso de nulidad, separación o divorcio se establece a favor del Estado cuyos tribunales conocen del proceso matrimonial, y no a favor del tribunal concreto ante el que el proceso matrimonial se sustancia, de manera que la acumulación de ambos litigios depende de las normas procesales internas, y no de las de competencia internacional. Si excluimos los criterios de determinación de

<sup>26</sup> El Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, DOUE L 338 de diciembre de 2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, es conocido generalmente como Reglamento Bruselas II bis, y suele citarse con la abreviatura RB II bis, que se usará también aquí.

la competencia para el proceso matrimonial que necesitan del acuerdo de los cónyuges para proyectarse respecto del litigio relativo al régimen económico, resulta que los casos en los que el proceso matrimonial va a atraer la competencia para las cuestiones relativas al régimen económico independientemente de la voluntad de los cónyuges son aquéllos en los que el tribunal que conoce del proceso matrimonial se ha determinado mediante alguno de los siguientes criterios:

- El Estado miembro de residencia habitual de los cónyuges (artículo 3.1 a) RB II bis).
- El Estado miembro de la última residencia habitual de los cónyuges, si al menos continúa siendo la de uno de ellos (artículo 3.1 a) RB II bis).
- El Estado miembro de residencia habitual del demandado (artículo 3.1 a) RB II bis).
- El Estado miembro de residencia habitual de cualquiera de los cónyuges si la demanda es conjunta (artículo 3.1 a) RB II bis).
- El Estado miembro de nacionalidad de ambos cónyuges<sup>27</sup> (artículo 3.2 RB II bis).

47. Como es sabido, el RB II bis no prevé la posibilidad de que la competencia internacional en los procesos matrimoniales se atribuya por sumisión expresa ni tácita, así que la competencia por conexión para el litigio relativo al régimen económico matrimonial va a reconducirse siempre a uno de estos foros. Lo que se gana en objetividad con un sistema que excluye el acuerdo de las partes se pierde en flexibilidad, de manera que con el juego de los foros objetivos puede predecirse que habrá litigios abocados a los tribunales de un Estado con el que no tienen una relación estrecha, o incluso excluidos de la competencia de los tribunales de cualquier Estado miembro, como la doctrina ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones<sup>28</sup>. Esto contrasta con el propio Reglamento REM, que sí ofrece, en los artículos 7 y 8, margen para que sean las partes quienes determinen la competencia del tribunal en ciertos casos, mediante acuerdo expreso o sumisión tácita.

48. Algunos autores consideran que el hecho de que la conexión entre las competencias para el proceso matrimonial y para el relativo al régimen económico no sea total, sino que esté en algunos aspectos supeditada al acuerdo de los cónyuges, se funda en la necesidad de evitar que las cuestiones económicas del matrimonio queden sometidas a la alternatividad que es propia de los foros de competencia del RB II bis<sup>29</sup>. Pienso, sin embargo, que la razón está más vinculada a las características de los foros que requieren el acuerdo de los cónyuges que al número de ellos; basta con comprobar que la extensión automática de la competencia afecta a cinco foros distintos, más que los cuatro que se subordinan al acuerdo entre los cónyuges.

49. Si se observa bien, puede comprobarse que el acuerdo es necesario para extender al litigio sobre el régimen económico la competencia de los tribunales de un Estado en el que el demandante lleva residiendo un tiempo que exceda de un año al tiempo de interponer la demanda de nulidad, separación o divorcio, o del Estado del que es nacional el demandante, si suma a la nacionalidad una residencia habitual de al menos seis meses. En ambos casos, parece muy posible que tales Estados no hayan sido

---

<sup>27</sup> El artículo 3.2 del Reglamento 2201/2003 añade a este último supuesto el Estado del *domicile* en los casos de Reino Unido e Irlanda. Sin embargo, estos Estados no son parte de la cooperación reforzada que constituye el ámbito de aplicación espacial del Reglamento REM, de manera que los litigios relativos al régimen económico matrimonial que se susciten ante sus tribunales se registrarán en cuanto a competencia internacional por sus normas internas de Derecho Internacional Privado, y no por el artículo 5 del Reglamento REM.

<sup>28</sup> Vid. por todos B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial”, en FILIPPO, CAMPUZANO DÍAZ, RODRÍGUEZ BENOT y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (Coords.), *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, 2008, págs. 99-100 y 111-113.

<sup>29</sup> En este sentido J.M. FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura...”, cit., pág. 266. Controlar el alto grado de alternatividad que ofrece el Reglamento 2201/2003 sí es, en cambio, la razón que fundaba el criterio sostenido por la Propuesta inicial de Reglamento REM, que sometía en todo caso al acuerdo de los cónyuges la extensión de la competencia de los tribunales del Estado que conocía del proceso matrimonial al proceso relativo al régimen económico. Así lo expone B. CAMPUZANO DÍAZ, junto con otros motivos, en “The coordination of the EU regulations on divorce and legal separation with the Proposal on matrimonial property regimes”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, 2011, págs. 237-241.

los de residencia de los cónyuges mientras el matrimonio subsistía; esto no es un impedimento grave para disolver el vínculo conyugal, pero sí puede complicar las cuestiones que afectan al régimen económico, puesto que posiblemente una parte al menos de los bienes que integran el patrimonio común de los cónyuges no se encuentre en sus territorios, sino en el territorio del Estado en el que los cónyuges desarrollaron su vida en común. Algo parecido sucede con los otros dos foros cuya operatividad para los litigios relativos al régimen económico se supedita al acuerdo de los cónyuges: la separación judicial y el divorcio pueden estar muy alejados en el tiempo, y el tribunal que acordó la separación puede encontrarse en un Estado completamente ajeno a la vida posterior de los cónyuges y al patrimonio sobre el que se proyecta el régimen económico; y qué decir de las dificultades que genera el foro residual del artículo 7 RB II bis por la vinculación que establece con la ley aplicable, y que provoca que las partes del proceso matrimonial busquen una norma que les favorezca en cuanto a la disolución del vínculo, aunque esto implique tratar de conducir el asunto a un tribunal de un Estado que ha sido ajeno a la relación matrimonial y que, probablemente, tampoco estará vinculado al patrimonio que es objeto del proceso relativo al régimen económico<sup>30</sup>.

**50.** Pienso, pues, que el acuerdo está relacionado con la necesidad de asegurar que las partes tienen la posibilidad de acercar el litigio relativo al régimen económico al Estado en el que se encuentran los bienes que constituyen el patrimonio conyugal. Los procesos relativos al régimen económico matrimonial son, como ya se ha dicho en otro momento, juicios universales, procesos que se proyectan sobre un patrimonio completo, bien porque hay que liquidarlo, atribuyendo los bienes que lo componen a quienes eran sus titulares en mano común, bien porque es necesario definir la posición de ciertos bienes respecto del conjunto patrimonial y en concreto si pertenecen o no a él, y con qué título, categoría o contraprestaciones en su caso. Como es evidente, la ejecución de cualquier decisión relativa a un bien se simplifica mucho si se adopta en el Estado en el que el bien está situado. Por esta razón, en aquéllos casos en los que el Reglamento REM teme que la competencia para el proceso matrimonial se haya alejado del Estado miembro en el que se desarrolló la vida en común de los cónyuges y en el que, posiblemente, se encuentre el patrimonio conyugal o la mayor parte de él, permite que los cónyuges eviten que el proceso relativo al régimen económico sea atraído por el proceso matrimonial, facilitando así que le sean aplicados los foros pensados específicamente para el régimen económico, y no tanto para la disolución del vínculo conyugal.

**51.** Me parece acertado el sistema que dibuja el artículo 5 REM. El enlace entre el proceso matrimonial y el relativo al régimen económico es, en principio, una ventaja para los litigantes. Y también lo es vincular el proceso relativo al régimen económico matrimonial al lugar en el que se encuentran los bienes que constituyen el patrimonio de la sociedad conyugal. En los casos en los que se prevé que estas ventajas pueden no ser concurrentes, no coincidir en los tribunales de un mismo Estado, se permite que las partes decidan lo que les resulte más conveniente, como es de todo punto razonable que suceda en los casos en los que está en juego un interés fundamentalmente privado, particular y con contenido patrimonial.

**52.** El artículo 5.3 Reglamento REM regula la forma que debe tener el acuerdo que extiende al régimen económico matrimonial la competencia para el proceso matrimonial en los supuestos enumerados por el artículo 5.2, cuando este acuerdo se produce “antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial”. La expresión entrecomillada admite a su vez dos posibles interpretaciones:

- Que el acuerdo sea anterior al litigio relativo al régimen económico, pero que se adopte cuando el proceso matrimonial ya está en marcha. Por ejemplo: los cónyuges casados en ganancia-

---

<sup>30</sup> Sobre la relación del artículo 7 RB II bis con la ley aplicable y el Reglamento Roma III, B. VIDAL FERNÁNDEZ, en DE LA OLIVA SANTOS, (Dir.), *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Navarra, 2011, págs. 473-475.



- les y sumidos en un proceso de divorcio ante los tribunales de uno de los Estados miembros previstos en el artículo 5.2 REM saben que la sentencia de divorcio disolverá la sociedad de gananciales y que será necesario un proceso posterior para liquidarla, de modo que pactan que la liquidación del régimen económico se sustancie ante los tribunales del mismo Estado.
- Que el acuerdo sea anterior también al propio proceso matrimonial. Por ejemplo: los futuros cónyuges adoptan un acuerdo prematrimonial, en el que, entre otros contenidos, pactan que aceptarán para los litigios relativos al régimen económico de su matrimonio la competencia de los tribunales del Estado miembro que tenga atribuida, en su caso, competencia para conocer del proceso matrimonial que se haya suscitado entre ellos con anterioridad. En este caso es muy importante tener en cuenta que estamos dentro del ámbito de una competencia por conexión, es decir, las partes pueden pactar extender al régimen económico la competencia de los tribunales de un Estado que están conociendo de un proceso matrimonial; pero no pueden pactar, por ejemplo, la competencia para el régimen económico del tribunal que la tendría para conocer del proceso matrimonial si éste no se ha suscitado efectivamente. Tal cláusula sería una sumisión expresa pura y simple, y cuestiones relativas al régimen económico matrimonial que no están vinculadas a un proceso matrimonial no pueden ser objeto de sumisión expresa salvo de un modo limitado, con ciertas condiciones, y no de un modo puro y simple<sup>31</sup>. También hay que tener en cuenta que un acuerdo de estas características se produce a ciegas, es decir, los cónyuges no saben ante qué Estado se sustanciará la disolución de su matrimonio, si esto ocurre y, por tanto, tampoco conocen los tribunales a los que están abocando la liquidación de su régimen económico.

**53.** La validez del acuerdo expreso depende de que cumpla con las condiciones que se contienen en el artículo 7.2, es decir, que conste por escrito, con fecha y con la firma de ambos cónyuges, teniendo en cuenta que también se consideran escritos las comunicaciones electrónicas de las que quede un registro duradero.

Como ya indiqué en el Epígrafe anterior respecto de un acuerdo sometido a las mismas condiciones de validez formal que contempla el Reglamento de Sucesiones, entiendo que las comunicaciones electrónicas también deben estar electrónicamente firmadas para cumplir con los requisitos que determinan su validez formal. Por cierto, que ni el Reglamento de Sucesiones ni el Reglamento REM se refieren a la validez material del acuerdo, a los requisitos de fondo que determinan su eficacia. Coincido en este punto con quienes entienden que debe seguirse el criterio del artículo 25.1 del Reglamento 1215/2012 -que puede considerarse la norma general en materia de competencia internacional en asuntos civiles y, por tanto, un referente para la interpretación de otras normas de competencia internacional en materia civil en lo que no venga dado, precisamente, por la especialidad de estas últimas-, criterio que sujeta la validez material del acuerdo al Derecho interno del Estado al que el acuerdo atribuye competencia judicial internacional<sup>32</sup>.

**54.** El artículo 5.3 del Reglamento REM no dice explícitamente que el acuerdo pueda ser tácito, pero se deduce de la posibilidad (no obligatoriedad) de que sea expreso, a la que sí se refiere la norma, y del régimen temporal que establece. Lo que dice la norma explícitamente es que, si el acuerdo se produce antes de que se ejercite la acción sobre el régimen económico matrimonial, éste debe ser expreso y con los requisitos del artículo 7.2 del Reglamento REM. Pero entiendo que, además, el acuerdo puede ser posterior, es decir, producirse una vez ejercitada la acción, puesto que el condicional respecto del acuerdo anterior al ejercicio de la acción permite comprender que también puede producirse con la ac-

<sup>31</sup> El artículo 7 del Reglamento REM permite la sumisión expresa únicamente a los tribunales de dos Estados: el Estado miembro cuya ley sea aplicable al régimen económico matrimonial (y solo si ésta es alguna de las designadas en los artículos 22, 26.1 a) o 26.1 b) del propio Reglamento REM) y el Estado miembro de celebración del matrimonio. A su vez, la cláusula de sumisión expresa es válida solo si no son aplicables los artículos 4 y 5 del Reglamento REM, es decir, si ningún Estado miembro ha sustanciado antes un proceso de sucesión o matrimonial relativo a los cónyuges. Se trata de un ámbito muy limitado, como puede verse.

<sup>32</sup> *Vid.* en este sentido F.M. BUONAIUTI, *The EU Succession Regulation...*, cit., págs. 158-160.

ción ya ejercitada. En este caso, el acuerdo será tácito, de modo que la parte que inicia el proceso relativo al régimen económico matrimonial acepta la competencia del tribunal que conoce del proceso matrimonial por el hecho de formular ante él la pretensión relativa al régimen económico, y la parte demandada expresará su acuerdo con la competencia del tribunal sometiéndose tácitamente a él, es decir, compareciendo ante él sin impugnar su competencia. Esta deducción encaja, además, con el hecho de que la sumisión del demandado es también un mecanismo apto para atribuir competencia en ciertos casos, como se desprende del artículo 8 del propio Reglamento<sup>33</sup>.

### III. Competencia internacional por conexión en el reglamento EPUR

**55.** Las reglas contenidas a todos los efectos en los Reglamentos REM y EPUR son paralelas en gran medida, como consecuencia del paralelismo que a su vez existe entre las situaciones jurídicas que regulan y también en los procesos de gestación y adopción de ambas normas. No son, no obstante, idénticas, como es evidente, puesto que tampoco lo son en muchos aspectos de naturaleza, regulación y arraigo, las instituciones sobre las que se proyectan. Una de las diferencias más notables entre los Reglamentos REM y EPUR en lo que al sistema de competencia internacional se refiere radica en que, como se ha visto, la competencia para conocer de un proceso relativo al régimen económico matrimonial es automáticamente atraída por el Estado cuyos tribunales conocen de la sucesión *mortis causa* de uno de los cónyuges o, con algunas excepciones, del proceso matrimonial dirigido a disolver el vínculo conyugal; en el Reglamento EPUR este automatismo se conserva entre la competencia para el proceso sucesorio abierto como consecuencia del fallecimiento de uno de los miembros de la unión registrada y la competencia respecto del proceso relativo a los efectos patrimoniales de la unión, pero no existe entre esta última y la competencia para el proceso en el que se disuelve o anula la unión registrada, salvo que los cónyuges así lo acuerden.

**56.** Si son aplicables al Reglamento EPUR las restantes consideraciones hechas en el Epígrafe II.1 sobre el funcionamiento de la regla de conexión, cuando ésta sea operativa (es decir, siempre que haya un proceso sucesorio previo y cuando los miembros de la unión lo acuerden respecto del proceso previo que anula o disuelve la unión). Esto significa, en primer lugar, que los artículos 4 y 5 del Reglamento EPUR son aplicables cuando del proceso sucesorio previo, o del que se sustancia para disolver o anular la unión registrada, conocen los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. Si estos procesos previos existieran pero se sustanciasen ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados<sup>34</sup>, la competencia para los litigios relativos a los efectos patrimoniales de la unión registrada se determinaría, no por conexión, sino sobre la base de los foros previstos en los artículos 6 a 11 del Reglamento EPUR. En segundo lugar, la regla de conexión atribuye competencia a favor de los tribunales del Estado en el que se tramita el proceso anterior, pero no a favor del mismo tribunal ante el que se ha sustanciado o se sustancia el proceso sucesorio o el que tiene por objeto disolver o anular la unión; la concurrencia de ambas acciones ante el mismo tribunal depende de la legislación interna de cada Estado miembro, y no del Reglamento 1104/2016. Por último, tampoco el Reglamento EPUR condiciona la conexión entre la competencia para las acciones sucesoria o de disolución o nulidad de la unión y la relativa a los efectos patrimoniales a que sean ejercitadas coetáneamente o dentro de un lapso de tiempo determinado.

#### 1. Conexión con un proceso sucesorio

**57.** El artículo 4 del Reglamento EPUR no reproduce literalmente el artículo 4 del Reglamento REM, pero es idéntico en su sentido: “Cuando se someta a un órgano jurisdiccional de un Estado miem-

<sup>33</sup> El artículo 8 permite la atribución de competencia mediante la comparecencia del demandado sólo a los tribunales del Estado cuya ley es aplicable al régimen económico matrimonial en virtud de los artículos 22, 26.1 a) o 26.1 b) del propio Reglamento REM, y únicamente si la competencia no debe atribuirse por conexión con un proceso sucesorio o matrimonial previo.

<sup>34</sup> Entendiendo por éstos tanto los que no son miembros de la UE como los que siéndolo no forman parte de la cooperación reforzada en cuyo seno se aprueba el Reglamento EPUR.

bro la sucesión de un miembro de una unión registrada en aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada en conexión con esa sucesión<sup>35</sup>. Le son, pues, aplicables a esta regla de competencia todas las observaciones que se han expuesto en el Epígrafe II.2 de este trabajo respecto del artículo 4 del Reglamento REM.

El tenor literal del artículo 4 del Reglamento EPUR puede tal vez prestarse a una cierta confusión. Al establecer que los órganos jurisdiccionales del Estado que sustancia el proceso sucesorio serán competentes para resolver “sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada en conexión con esa sucesión” puede parecer que la competencia no se atribuye para conocer de cualquier efecto patrimonial, sino solo sobre los que están “en conexión con esa sucesión”, siendo necesario entonces determinar qué efectos patrimoniales tienen esa conexión y cuáles no, con el objeto de definir completamente el alcance de la competencia. Sin embargo, no creo que éste sea el sentido de la norma, puesto que entonces su ámbito de aplicación estaría definido de otro modo, y serían otras las exclusiones establecidas en el artículo 1.2<sup>36</sup>. Si bien se observa, el artículo 4 del Reglamento REM tiene una estructura parecida, y en cambio no se suscita respecto de él la duda que sí puede desprenderse del artículo 4 del Reglamento EPUR. La razón se halla, pienso, en que la expresión “régimen económico” alude a una realidad jurídica con perfiles claros, de modo que parece evidente que la competencia para resolver sobre el régimen económico en conexión con la sucesión afecta a todo el régimen económico, porque no puede haber una parte conectada con la sucesión y otra no; mientras que la expresión “efectos patrimoniales” es mucho más ambigua y está menos consolidada. Pero la situación es la misma: cuando fallece un miembro de una unión registrada que determina la existencia de relaciones patrimoniales con el otro miembro de la unión o con terceros (artículo 1 b) Reglamento EPUR), todas esas relaciones patrimoniales se ven afectadas por el fallecimiento y por la disolución de la unión que éste implica.

## 2. Conexión con un proceso dirigido a la disolución o anulación de la unión registrada

**58.** Como ya se ha dicho, la competencia para conocer del proceso que tiene por objeto la disolución o anulación de la unión registrada no atrae automáticamente la competencia para conocer de los litigios relacionados con los efectos patrimoniales de dicha unión, sino que la conexión se encuentra en este caso condicionada al acuerdo en este sentido entre los miembros de la unión. Así, el artículo 5.1 del Reglamento EPUR prevé que “Cuando se someta a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro la disolución o anulación de una unión registrada, los órganos jurisdiccionales de dicho estado miembro serán competentes para resolver de los efectos patrimoniales de la unión registrada que tengan conexión con la disolución o anulación de esta última cuando sus miembros así lo acuerden”.

**59.** La razón de que la extensión a los efectos patrimoniales de la competencia para disolver o anular la unión esté sometida al acuerdo de los cónyuges radica, a mi juicio, en que no hay Reglamento relativo a la competencia para disolver o anular uniones de hecho. Esto significa que son las reglas de Derecho Internacional Privado de cada Estado miembro las que fijarán la competencia internacional de cada uno de ellos en este punto, disgregándola así en foros que el legislador europeo no conoce ni controla, que tal vez sean inadecuados para cuestiones con trascendencia patrimonial y que desde luego producirán resultados diferentes en función de los distintos Estados. Ocurre, por un lado, que el Reglamento aspira a unificar las soluciones que los ciudadanos de cualquier Estado miembro pueden recibir en situaciones equivalentes. Y, por otro, que es lógico tratar de evitar que, lo que en principio resulta una ventaja (litigar en el mismo Estado tanto para disolver la unión como para abordar los efectos patrimoniales derivados de la disolución), pueda convertirse en un inconveniente porque el segundo litigio sigue al primero a ciegas, sin que el legislador europeo pueda asegurar que se trata de un foro adecuado para la defensa de los intereses relacionados con los efectos patrimoniales de la unión. Piénsese, por ejemplo,

<sup>35</sup> Si son exactamente literales los Considerandos 33 de ambos Reglamentos, que fundan en ambos casos la regla de competencia por conexión con el proceso sucesorio de uno de los miembros de la pareja que se contiene en sus respectivos artículos 4.

<sup>36</sup> Cfr. Epígrafe I.3.

en que la mayor parte del patrimonio de los miembros de la unión se encuentre vinculado al territorio de un Estado distinto de aquél en que ésta debe ser disuelta o anulada. El modo de dotar a los ciudadanos de un mismo instrumento, que permita además evitar foros impuestos por el Derecho interno de los Estados si son inadecuados para resolver las cuestiones atinentes a los efectos patrimoniales, es el acuerdo. De esta manera, si los miembros de la unión registrada no tienen inconveniente en resolver en el mismo Estado los litigios de situación personal y patrimonial, pueden acordar extender la competencia de los tribunales del Estado que la tenga para el primero asunto, al segundo. Pero si los miembros de la unión no consideran adecuado que el Estado en el que ejercitan la acción de disolución o anulación sea también el competente para pronunciarse sobre los efectos patrimoniales, la competencia para resolver sobre estos efectos se determinará en función de los foros contenidos en los artículos 6 a 11 del Reglamento EPUR, que ya sí son foros que reúnen en doble requisitos de ser iguales para cualquier ciudadano de la UE y de ser contemplados por el legislador europeo como idóneos para atribuirse litigios relativos a las cuestiones patrimoniales derivadas de una unión registrada.

**60.** Es cierto que el Reglamento REM también somete al acuerdo de los cónyuges la extensión de algunos foros de competencia del proceso matrimonial a los litigios relativos al régimen económico, y esos foros están previstos, no en la legislación interna de los Estados, sino en el Reglamento 2201/2003. Sin embargo, y como ya se puso de manifiesto en el Epígrafe II.3, la finalidad última es la misma: el Reglamento 2201/2003 establece muchos foros distintos y alternativos para los procesos matrimoniales, y el legislador del Reglamento REM teme que algunos de ellos sean inadecuados para lo que se refiere al régimen económico, de modo que somete al acuerdo de los cónyuges la extensión de esos cuantos foros a los litigios derivados del régimen económico matrimonial. Ahora bien: hay que recordar que todos esos foros que permiten la conexión, también los sostenidos en el acuerdo de los cónyuges, proceden del Reglamento 2201/2003; si el tribunal que conoce del proceso matrimonial hubiese fundado su competencia en su Derecho Internacional privado, no habría conexión, ni automática ni por acuerdo ni de ningún tipo, sino que la competencia para conocer del proceso relativo al régimen económico matrimonial se fundaría en los foros de los artículos 6 y siguientes del Reglamento REM.

**61.** Sobre la forma que debe adoptar el acuerdo expreso y el tiempo en que éste debe producirse, los artículos 5.2 y 7.2 del Reglamento EPUR se pronuncian de modo idéntico a como lo hacen los artículos 5.3 y 7.2 del Reglamento REM, por lo que de nuevo debo remitirme a las consideraciones ya hechas en el Epígrafe II.3.

#### **IV. Conclusión**

**62.** El criterio de conexión es realmente acertado, tanto en el ámbito matrimonial como en el sucesorio. No porque remita los litigios conexos al mismo tribunal, puesto que eso solo sucede, como se ha dicho ya varias veces, si lo prevé la legislación interna de cada Estado miembro, sino porque los remite a los tribunales del mismo Estado, con la consiguiente facilidad para que los procesos se acoplen y sean eficaces en uno las resoluciones recaídas en el otro y viceversa. Creo que son igualmente adecuados los supuestos en los que la conexión está sometida al acuerdo de las partes; y esto tanto en los casos en los que la exigencia de acuerdo se funda, como ocurre en el Reglamento REM, en la posibilidad de que el proceso matrimonial se sustancie en un Estado distinto a aquél en que estén situados la mayoría de los bienes del matrimonio, como en los supuestos en los que su raíz se halla, y así sucede en el Reglamento EPUR, en que no existe una norma europea de competencia común, de manera que el legislador desconoce si son o no razonables para afrontar las consecuencias patrimoniales de la unión registrada los foros en los que va a resolverse sobre su disolución o anulación.

**63.** Ocurre, no obstante, que el orden en el que cronológicamente se han aprobado los distintos Reglamentos es, en ocasiones, distinto al orden en el que naturalmente se sucederán las cosas, y esta diferencia tiene en la determinación de la competencia una influencia que no siempre es beneficiosa ni

satisfactoria. Los litigios relativos al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de una unión registrada, relacionados a su vez con un proceso matrimonial o de disolución o anulación de la unión, serán normalmente posteriores a éstos, de modo que la competencia se planteará en la realidad en el orden que prevén los Reglamentos: se disolverá la unión, matrimonial o registrada, y paralela o posteriormente se resolverán, por tribunales del mismo Estado, las cuestiones relativas al régimen económico o a los efectos patrimoniales. Así –y con las excepciones que por supuesto se derivarán de la gran variedad de combinaciones resultantes de las legislaciones de dieciocho Estados distintos, y de la pluralidad de situaciones personales posibles– lo normal será, como quiere el Reglamento REM, que del proceso atinente al vínculo personal y del relativo a los efectos económicos conozcan los tribunales de un mismo Estado.

**64.** Sin embargo, cuando las cuestiones relativas al régimen económico o a los efectos patrimoniales surjan como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges, las cosas pueden sucederse en muchas ocasiones en el orden opuesto, es decir, que los primeros problemas jurídicos sean los relativos al régimen económico o patrimonial y los sucesorios aparezcan después. Y esto por dos tipos de razones. En primer lugar, porque si la pareja, conyugal o no, tenía respecto de sus bienes un régimen de comunidad, determinar la masa hereditaria exigirá en la mayoría de los casos liquidar primero el régimen económico matrimonial o, al menos, tener a la vista que tal liquidación debe producirse y cuál puede ser el resultado respecto de la masa de la herencia.

De esta relación tan estrecha es consciente el Reglamento 650/2012. Su artículo 1.2 d) excluye expresamente de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales y a otros regímenes patrimoniales de uniones de cuyas leyes reguladoras resulte una eficacia similar a la del matrimonio. Pero el Considerando 12, tras justificar la exclusión de estas cuestiones porque son claramente distinguibles de las sucesorias y el Reglamento se limita a ellas, añade: “No obstante, las autoridades que sustancien una sucesión con arreglo al presente Reglamento deben tener en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial o de un régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de este y las cuotas hereditarias de los beneficiarios”<sup>37</sup>.

**65.** Y, en segundo lugar, porque, aunque los bienes de cada uno de los miembros del matrimonio o unión estuviesen aparentemente delimitados e independientes, cualquier cuestión que surja respecto del régimen económico será normalmente resuelta por los tribunales, mientras que las cuestiones sucesorias pueden solventarse enteras, en una buena parte de los Estados miembros, al margen del proceso, a través de los notarios y otros profesionales. Y, aunque España ha otorgado a los notarios, a efectos del Reglamento de sucesiones, la condición de órganos jurisdiccionales<sup>38</sup>, no todos los Estados miembros han mantenido respecto de sus profesionales o autoridades equivalentes el mismo criterio. Esto significa que puede haber casos en los que el proceso relativo al régimen económico sea previo al sucesorio, de manera que el tribunal competente para el primero no se fijará por conexión sino mediante el resto de los foros del Reglamento REM. Y si posteriormente hay proceso sucesorio, la competencia para éste se determinará conforme al Reglamento de Sucesiones, que no contiene una norma de conexión equivalente y a favor del Estado cuyos tribunales han resuelto las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial del causante. De esta forma, si el proceso sucesorio es el primero, ambos se tramitarán ante los tribunales de un mismo Estado. Pero si el proceso relativo al régimen económico se suscita antes, cada proceso seguirá unas reglas de competencia distintas, que pueden conducirlos a Estados distintos y provocar dificultades respecto de la eficacia de las resoluciones. Porque, además, los Reglamentos REM y EPUR no acogen el sistema de supresión de exequátur propio del Reglamento 1215/2012, sino

<sup>37</sup> Sobre los riesgos de fragmentación entre cuestiones sucesorias y relativas al régimen económico en ámbitos transfronterizos *vid.* M. REQUEJO ISIDRO, “La coordinación de la competencia...”, *cit.*, págs. 1202-1203. En el mismo sentido, A. BONOMI, “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, págs. 219 y 220, enumera varias instituciones de diversos Estados miembros cuya naturaleza jurídica es discutida, y respecto de las que existen problemas para calificarlas como sucesorias o relativas al régimen económico matrimonial.

<sup>38</sup> *Vid.* Epígrafe II.2.

que requieren que la parte interesada en la eficacia de una resolución obtenga una declaración de fuerza ejecutiva en el Estado en el que pretenda hacerla valer.

**66.** Tanto el Reglamento REM como el Reglamento EPUR contemplan en sus respectivos artículos 9 una posibilidad –como “excepcional” la califica el Reglamento REM–, de que los órganos jurisdiccionales señalados por la regla de conexión se inhiban pese a ello de asumir el conocimiento del asunto, si en su ordenamiento jurídico no puede ser reconocida la institución de la que derivan las cuestiones de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de la unión registrada. Se trata de una cuestión compleja, que no va a ser abordada aquí porque excede del ámbito de este estudio, ya que no se limita a la competencia internacional por conexión con otros procesos sino que se refiere al tratamiento procesal de la mayoría de los foros de competencia que se contienen en los Reglamentos REM y EPUR –con excepción de los de los Estados de celebración del matrimonio o aquéllos conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada–, y que afecta también al reconocimiento de las resoluciones dictadas en estas materias.

# DE LA *SOCIETAS PRIVATA EUROPAEA* A LA *SOCIETAS UNIUS PERSONAE* EN LAS PROPUESTAS EUROPEAS

## FROM THE *SOCIETAS PRIVATA EUROPAEA* TO THE *SOCIETAS UNIUS PERSONAE* IN THE EUROPEAN PROPOSALS

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

*Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Valladolid (España)*

Recibido: 26.11.2016 / Aceptado: 1.12.2016

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3624>

**Resumen:** El trabajo examina críticamente las sucesivas propuestas realizadas por la Comisión Europea de un Reglamento sobre el Estatuto de la *Sociedad Privada Europea* y una Directiva sobre las *sociedades unipersonales de responsabilidad limitada*, respectivamente abandonada y paralizada al día de la fecha, contextualizándolas en sus objetivos de facilitar la operativa de las PYMEs, particularmente en relación con la libertad de establecimiento, y las tendencias en materia de Derecho de sociedades en Europa y en el mundo.

**Palabras clave:** Derecho europeo de sociedades, libertad de establecimiento, sociedades privadas, *Societas Privata Europaea*, *Societas Unius Personae*, PYMEs.

**Abstract:** This paper examines critically the successive proposals carrier out the European Commission for a Regulation on the Statute for a *European Private Company* and a Directive on *single-member private limited liability companies*, respectively withdrawn and paralyzed nowadays, in context with their objectives to facilitate the operative of SMEs in relation to freedom of establishment, and the trends on Company Law in Europe and the World.

**Keywords:** European Company Law, freedom of establishment, *Societas Privata Europea*, *Societas Unius Personae*, SMEs.

**Sumario:** I. Introducción. II. Necesidad y conveniencia de instrumentos europeos relativos a las sociedades cerradas. III. Coincidencia con otros debates o tendencias más generales. IV. La Sociedad Privada Europea (SPE). A) Antecedentes. B) Principales características de la SPE. 1. Tipo europeo. 2. Sociedad cerrada. 3. Sociedad contractual. 4. Con especiales facilidades transfronterizas. 5. Con facilidades de constitución. 6. Con limitación de responsabilidad de los socios y sin capital mínimo. V. La *Societas Unius Personae* (SUP). A) Antecedentes. B) Principales características de la SUP. 1. Tipo nacional de sociedad unipersonal. 2. Sin especiales facilidades transfronterizas. 3. Constitución electrónica estandarizada. 4. Con limitación de responsabilidad del socio único y sin capital mínimo. VI. Conclusiones.

---

\* Este trabajo se corresponde básicamente con la ponencia desarrollada por el autor el 6 de octubre de 2016 en el *Congreso Internacional "As pequeñas e médias empresas e o Direito"*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, lo que explica el tono y el alcance limitado con el que se plantean los problemas, seguramente acreedores de un mayor estudio. No obstante, se ha considerado oportuno, para una mayor claridad y precisión, añadir notas explicativas y con referencias legales y bibliográficas.

## I. Introducción

1. En el presente trabajo se van a examinar las sucesivas propuestas de Reglamento de la *Societas Privata Europaea* (SPE) y de Directiva de la *Societas Unius Personae* (SUP), realizadas en los últimos años en el ámbito de la Unión Europea (UE), y que no han logrado ser culminadas, ya que la primera fue abandonada oficialmente en 2013, y los trabajos de la segunda están paralizados *de facto* desde 2015.

Abordar las dos propuestas conjuntamente tiene sentido en cuanto representan sendos intentos de conseguir directa o indirectamente un tipo uniforme de *sociedad cerrada* en Europa, apropiado para las pequeñas y medianas empresas (PYMES), pero también útil para vertebrar grupos de sociedades<sup>1</sup>. Aunque en el trasfondo de ambas, como luego se verá, se trata de favorecer los *negocios transfronterizos*, como es lógico tratándose de instrumentos de la UE, las propuestas van mucho más allá de estos objetivos y, en línea con otras internacionales (la de la CNUDMI<sup>2</sup>, particularmente) e internas, en diferentes países, pretenden asimismo favorecer la constitución y el funcionamiento de este tipo de sociedades, simplificando ambos aspectos, independientemente de que finalmente sean o no instrumentos para tales negocios transfronterizos.

2. En este ámbito, como es sabido, casi todos los ordenamientos a partir del siglo XIX han ido reconociendo al menos un tipo de *sociedad cerrada* con limitación de responsabilidad de los socios, claramente diferenciado del tipo de *sociedad abierta* por antonomasia que es la *sociedad anónima* o *por acciones*. Es el caso, por ejemplo, de la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (*GmbH*) del Derecho alemán –primer ordenamiento donde se creó la figura<sup>3</sup>, y que luego ha influido directa o indirectamente en todos los demás–, de la *Private Limited Company* inglesa<sup>4</sup> –término que parece generalizarse ahora para la denominación de este tipo de sociedades (*Sociedad Privada*)–, de la *société à responsabilité limitée* en Francia, de la *Società a responsabilità limitata* italiana, de la *Sociedade por Quotas* de Portugal, o de la *Sociedad de Responsabilidad Limitada* (SL) del ordenamiento español<sup>5</sup>, por citar algunos ordenamientos europeos<sup>6</sup>. Todas ellas, ciertamente, tienen características compartidas –especialmente la de ser precisamente sociedades cerradas–, debidas al influjo mutuo entre ordenamientos y a la dinámica de los negocios que exigen sociedades con estos rasgos, pero en ausencia de armonización europea las diferencias de régimen entre todas ellas siguen siendo bastante significativas.

## II. Necesidad y conveniencia de instrumentos europeos relativos a las sociedades cerradas

3. En la actualidad no hay (apenas hay, si queremos hablar con mayor propiedad) instrumentos europeos relativos a las *sociedades cerradas*. En el ámbito de la armonización del Derecho de

<sup>1</sup> La idoneidad de este tipo de sociedades para vertebrar grupos de sociedades, fue ya destacada hace bastantes años por L. C. ÁLVAREZ QUELQUEJEU, *La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid 1958.

<sup>2</sup> CNUDMI, *Proyecto de guía legislativa sobre la Entidad de Responsabilidad Limitada de la CNUDMI*, 25.6.2016, Nota de la Secretaria, A/CN.9/WG.I/WP.99 y A/CN.9/WG.I/WP.99/Add. 1 ([http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups/1MSME.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/1MSME.html)).

<sup>3</sup> En la Ley de 20.4.1892. Sobre los orígenes de la figura véanse A. HUECK, EN BAUMBACH/HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16ª ed., Verlag C.H. Beck, München 1996, pp. 1 y ss. ; ULMER, P., *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*, trad. española, Madrid 1998, pp. 22 y ss.

<sup>4</sup> En Inglaterra la figura se introdujo en la reforma de la *Companies Act* de 1907-1908, y al parecer también por influencia de la legislación alemana. Así se considera desde la propia doctrina británica en PALMER'S, *Company Law*, 24ª ed. (by C. M. SCHMITTHOFF), STEVENS, London 1987, I, pp. 46 y 47.

<sup>5</sup> Tardíamente regulada en España en la Ley de 17 de julio de 1953, aunque desde finales del siglo XIX se venían constituyendo sociedades con el nombre de limitadas, al amparo de una práctica notarial inspirada en la legislación alemana, y admitida por la aparente libertad de configuración de tipos societarios que concedía el art. 122 del Código de comercio. Esta Ley fue sustituida por una de nueva planta de 23 de marzo de 1995, y finalmente su contenido refundido con la Ley de sociedades anónimas, en el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010.

<sup>6</sup> La figura también se expandió por Latinoamérica, entre otros países, en Brasil (donde se introdujo por el Decreto de 10 de enero de 1919) y Argentina (introducida en la Ley de 8 de octubre 1932).



sociedades, que se inició en los años 60 del pasado siglo, la mayoría de las directivas tienen por objeto las sociedades anónimas<sup>7</sup>. Tampoco hay tipo europeo de sociedad cerrada como, por contra, sí lo hay en relación con las sociedades anónimas –la *Societas Europaea* o *Sociedad Anónima Europea* (SE)<sup>8</sup>–, e incluso con otras formas societarias, como la *Agrupación Europea de Interés Económico*<sup>9</sup> y la *Sociedad Cooperativa Europea*<sup>10</sup>.

Esta circunstancia, como se acaba de indicar, provoca diferencias normativas entre los Estados Miembros (EE. MM.), que dificultan la *libertad de establecimiento*, en la medida en que cuando menos generan importantes costes de información y asesoramiento –conocer el ordenamiento extranjero, distinto del nacional de procedencia–, más difíciles de enfrentar para las PYMEs debido a su menor fortaleza económica. Esto a la postre obstaculiza los negocios transfronterizos, como la constitución de filiales y de *joint ventures*<sup>11</sup>, y en definitiva el avance hacia un definitivo *mercado único europeo*, que obviamente no solo debe ser de grandes empresas, sino también de PYMEs y consumidores<sup>12</sup>.

4. A la espera de disponer de estos instrumentos europeos, se ha generado una *competencia entre legislaciones*, por la búsqueda por los operadores económicos de las que se consideran más apropiadas para hacer negocios. Este fenómeno ha sido legitimado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), en relación con la *movilidad de sociedades*, a partir de las sentencias *Centros*<sup>13</sup>, *Überseering*<sup>14</sup>, *Cartesio* (no respecto a la *lex societatis*)<sup>15</sup>, y *Vale*<sup>16</sup>. Esta jurisprudencia es acertada desde la óptica de la *libertad de establecimiento*, consagrada actualmente en los arts. 49 y 54 del Tratado de funcionamiento de la UE (TFUE), que exige el reconocimiento de la posibilidad tanto de fijar la sede social en otro Estado miembro diferente del que se está operando, como de trasladarla de un Estado a otro<sup>17</sup>. Pero plantea la duda de si no estará produciendo un *efecto Delaware*<sup>18</sup> a la europea y, lo que es más preocupante, de si no estará conduciendo a una reducción inexorable de las garantías que razonablemente debería conceder el ordenamiento aplicable, sea éste el que sea, a los socios y terceros que se relacionan con una sociedad, en una suerte de inquietante *race to the bottom* entre legisladores. De momento tenemos algunos datos que así lo indican, como la *eliminación del capital mínimo* en este tipo de sociedades, con unos expedientes

<sup>7</sup> La excepción era la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre 1989, *en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único*, DOUE L 395 de 30 de diciembre de 1989, actualmente sustituida por la Directiva 2009/102/CE, de 16 de septiembre de 2009, DOUE L 258/20 de 1 de octubre de 2009.

<sup>8</sup> Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo de 8 de diciembre de 2001, *por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, DOUE L 294/1, de 10 de noviembre de 2001 y Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2001, *por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*, DOUE L 294/1, de 10 de noviembre de 2001.

<sup>9</sup> Reglamento (CEE) n° 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, *relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE)*, DOUE L 199 de 31 de julio de 1985.

<sup>10</sup> Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, *relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE)*, DOUE L 207 de 18 de agosto de 2003 y Directiva 2003/72/CE del Consejo, de la misma fecha, *por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*, DOUE L 207 de 18 de julio de 2003.

<sup>11</sup> Véase datos sobre costes de constitución de filiales en diversos países en R. DRURY, “La SPE: un instrumento para la PYMES o un cambio de planteamiento de armonización de las sociedades de capital cerradas”, en C. ALONSO LEDESMA/ A. ALONSO ÜREBA./ G ESTEBAN VELASCO, *La modernización del Derecho de sociedades en España*, Aranzadi, Pamplona 2011, I, p. 40.

<sup>12</sup> En este punto las propuestas coinciden en parte con la del *non nato* Reglamento de Compraventa Europea (CESL) que perseguía asimismo esos objetivos. Sobre este texto me permito remitirme a L.A. VELASCO SAN PEDRO, “La propuesta de Reglamento de Compraventa Europea: cuestiones generales, en especial su ámbito de aplicación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n° 2, Octubre 2013, pp. 468 y ss.

<sup>13</sup> STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, *Rec.* 1997, p. I-01459.

<sup>14</sup> STJCE de 5 noviembre de 2002, *Überseering*, C-208/00, *Rec.* 2002, p. I-9919.

<sup>15</sup> STJCE de 16 de noviembre de 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Rec.* 2008, p. I-09641.

<sup>16</sup> STJUE de 12 de julio de 2012, *Vale*, C-378/10, *Rec.* 2012.

<sup>17</sup> Sobre este tema véanse L.A. VELASCO SAN PEDRO/ J. M. SÁNCHEZ FELIPE, “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Revista de Derecho de Sociedades* n° 19, 2002, págs. 15 y ss. y *P. Rodas Paredes, Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada 2011.

<sup>18</sup> Una buena exposición de ese conocido efecto que hace que la gran mayoría de las grandes corporaciones en Estados Unidos se constituyan conforme al Derecho de este pequeño Estado, en P. BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona 1997, pp. 53 y ss.

u otros, en ordenamientos que sí lo establecían como el alemán, el holandés, el italiano, el portugués o el español, siguiendo la senda del Derecho inglés, que nunca estableció tal regla<sup>19</sup>.

Aunque luego volveremos sobre este problema, es obvio que esta carrera hacia el abismo únicamente se puede evitar con instrumentos comunes de carácter europeo, como los que se intentaban en las propuestas sobre la SPE y la SUP.

### III. Coincidencia con otros debates o tendencias más generales

5. Para contextualizar debidamente el alcance de las propuestas *non natas* de SPE y SUP conviene poner de relieve que coinciden en el tiempo con otros debates o tendencias de fondo más generales del Derecho de sociedades, cuyos términos no han dejado de influir en la articulación de ambas, aunque con distinta intensidad según se verá.

6. El primero de estos debates es el de *simplificación y desregulación del Derecho de sociedades*. Desde hace tiempo en Europa se viene planteando la necesidad de simplificar la legislación –cada vez más compleja–, y desregular determinados sectores económicos en aras a una mayor libertad de competencia, legislando mejor. Estos debates también han alcanzado al Derecho de sociedades, y en diversas legislaciones se han simplificado, por poner ejemplos significativos, los sistemas de constitución de sociedades permitiendo su constitución electrónica, con la utilización de estatutos tipo, y con eliminación de controles que se estiman innecesarios o redundantes, como la característica intervención de notario. Otro ejemplo es la simplificación de la estructura financiera de las sociedades, con la superación del sistema del capital al permitir constituir sociedades a partir de 1 euro de capital<sup>20</sup>.

7. Otro debate es el relativo al carácter que deben tener las normas del Derecho de sociedades. Tradicionalmente en la Europa continental estas normas han sido a lo largo del siglo XX fundamentalmente imperativas, lo que obedecía a la consideración de las sociedades como instituciones cuyos fines (el llamado interés social) estaban más allá del interés de los socios. Las últimas décadas del siglo XX y lo que va del actual siglo, han visto surgir con renovado auge posiciones *contractualistas*, que vuelven a poner el acento en el interés de los socios, con apoyo en las nuevas corrientes de análisis económico del Derecho, que conciben a la empresa como un entramado de contratos<sup>21</sup>. En el nuevo paradigma se defiende que las normas del Derecho de sociedades deberían ser fundamentalmente dispositivas, debiendo quedar en manos de los interesados (los socios) la configuración de las reglas societarias que consideren más apropiadas, de manera que el legislador solo debería intervenir fijando normas en aquellos supuestos en que no es posible establecerlas negociadamente (por costes de transacción o problemas de agencia)<sup>22</sup>. El debate también ha tenido alguna incidencia en las legislaciones, ampliando el ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad en el Derecho de sociedades<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Curiosamente la primera Ley de sociedades de responsabilidad limitada española de 1953 no establecía un capital mínimo, que se introdujo en la reforma de 1989, fijándose en 500.000 ptas. (unos 3000 €).

<sup>20</sup> Sobre estos procesos véanse, en la doctrina española, P. YANES YANES, "La simplificación del Derecho de sociedades: status quaestionis comunitario y perspectiva española", en C. ALONSO LEDESMA / A. ALONSO UREBA / G. ESTEBAN VELASCO, *La modernización...* cit., I, p. 99 y ss. y S. HIERRO ANIBARRO, (dir.), *Simplificar el Derecho de sociedades*, Marcial Pons, Madrid 2010.

<sup>21</sup> En la literatura española, véase B. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid 1998.

<sup>22</sup> Son trabajos representativos de esta tendencia en la doctrina española reciente, entre otros, los de C. PAZ ARES, "La infracapitalización. Una aproximación contractual", en AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, McGraw Hill, Madrid, 1996, I, pp. 65 y ss. y "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)", en C. PAZ ARES, (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, CG del Notariado, Madrid 1997, p. 163 y ss. y J. Alfaro, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 233, 1999, pp. 925 y ss.

<sup>23</sup> Sobre este debate me remito a L.A. VELASCO SAN PEDRO, "¿Institución o contrato? Reflexionando (una vez más) sobre el carácter imperativo o dispositivo que debiera tener el derecho de sociedades de capital", en A. TOBÍO RIBAS / A. FERNÁNDEZ ALBOR / A. TATO PLAZA (eds.), *Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid 2013, págs. 323, con ulteriores referencias legales y bibliográficas.

8. No por casualidad estos debates han coincidido temporalmente con la preponderancia de los patrones societarios procedentes del círculo anglosajón. Esto se ve de manera muy clara en el nuevo *corporate governance* que se genera a partir de los años 90 en Gran Bretaña y Estados Unidos, y que fue extendiéndose de manera imparable a los demás países, en particular a los europeos, en una especie de “*nouvelle vague*” anglosajona, como dijo un autor italiano<sup>24</sup>. La fórmula de este modelo se basa asimismo en modelos contractualistas, ya que la principal propuesta del proceso fue y sigue siendo que las sociedades –particularmente las grandes compañías cotizadas en bolsa– reforzasen sus sistemas de gobierno mediante *códigos voluntarios de buen gobierno societario*<sup>25</sup>. Como han puesto de relieve los agudos análisis del profesor de Harvard Mark J. Roe, las nuevas fórmulas tienen en su base el modelo norteamericano de actuación en las sociedades a través de la regulación de los mercados de capitales, distinto del modelo europeo (alemán), de carácter más bien socialdemócrata, con normativa societaria imperativa y cogestión de trabajadores<sup>26</sup>. Esto supone, en cierta manera, el triunfo, esperemos que momentáneo pero, en todo caso, inquietante, de lo que M. Albert llamó el “neocapitalismo” norteamericano, que revitalizaron las políticas ultraliberales del Presidente republicano Ronald Reagan (seguidas en Gran Bretaña por la Primera Ministra conservadora Margaret Thatcher), frente al modelo de capitalismo renano que venía siendo característico de Alemania y otros países europeos avanzados<sup>27</sup>.

9. Otro debate significativo ha sido el del *capital social*. Esta institución jurídico-financiera ha venido siendo uno de los principios basilares del Derecho de las sociedades que, no en vano, se denominan como *sociedades de capital* en muchos ordenamientos<sup>28</sup>, en aras principalmente de la debida protección de los acreedores sociales, que no cuentan con más respaldo que el de la misma sociedad, al no responder personalmente los socios de las deudas sociales. Desde hace ya bastantes años se viene hablando de la crisis del capital social, y denunciando doctrinalmente sus insuficiencias e incoherencias, puestas todavía más de relieve si cabe con la implantación de los nuevos estándares de las normas internacionales de contabilidad y de información financiera (NIC/NIF). En este sentido, no faltan propuestas de superación, sobre todo sustituyendo o combinando el conocido como *test de balance*, que impide distribuciones a los socios cuando como consecuencia de ello el patrimonio neto descendiera por debajo de la cifra de capital que figura en el balance<sup>29</sup>, por sistemas que se consideran más precisos como los *tests de solvencia y liquidez*, o valorizando el papel de los *financial covenants*, cuando se concierta endeudamiento con acreedores profesionales (como bancos y otras instituciones financieras)<sup>30</sup>.

10. Como veremos enseguida, las sucesivas propuestas europeas de SPE y SUP están inequívocamente alineadas, en mayor o menor medida según los casos, con todas estas tendencias, aunque obviamente no se haga una profesión expresa de fe en ellas.

<sup>24</sup> L. A. BIANCHI, “Corporate governance. Considerazioni introduttive”, *Rivista delle Società*, 1996, p. 412.

<sup>25</sup> Entre la inabarcable literatura sobre este aspecto, destaca en España la obra colectiva de G. ESTEBAN VELASCO, (coordinación), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons/Colección Garrigues & Andersen, Madrid 1999.

<sup>26</sup> M. ROE, *Political Determinants of Corporate Governance. Political Context, Corporate Impact*, New York 2002.

<sup>27</sup> M. ALBERT, *Capitalismo contra capitalismo*, trad. esp., Ediciones Paidós, Barcelona 1992.

<sup>28</sup> En España esta denominación ha recibido rango legal con el relativamente reciente Texto refundido de la *Ley de sociedades de capital* de 2010, que unifica en un único texto legal la regulación de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones (este último un tipo apenas utilizado en la práctica española).

<sup>29</sup> Y al que se atiende la Directiva 2012/30/UE, de 25.10.2012 (ex segunda Directiva), en su art. 17.1 pero en relación únicamente a la sociedad anónima, ya que quedan fuera de su ámbito las sociedades privadas.

<sup>30</sup> Para todo este debate véanse, entre otros trabajos en distintas doctrinas, W. SCHÖN, “Balance Sheet Test or Solvency Test – or Both?”, *European Business Organization Law Review*, 7, 2006, pp. 181 y ss.; C. ALONSO LEDESMA, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid 2007, I, pp. 127 y ss.; G. STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, G. Giampichelli Editore, Torino 2009; P. T. DOMÍNGUES, *Variações sobre o Capital social*, Almedina, Coimbra 2009 y VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El tratamiento de las distribuciones a los socios”, en C. ALONSO LEDESMA / A ALONSO UREBA, / ESTEBAN VELASCO, G., *La modernización... cit.*, II, pp. 171 y ss.

Ello suscita la duda de si no suponen un *Caballo de Troya* por el que ir introduciendo una nueva filosofía societaria, que acabe desmontando por completo el tradicional Derecho europeo de influencia alemana e impronta imperativa, con todas sus piezas, comenzando por la del capital social<sup>31</sup>. En todo caso, como luego se verá, el fracaso cosechado hasta el momento por las dos propuestas europeas de la SPE y la SUP, de alguna manera se ha producido por el rechazo a alguna de las manifestaciones de esa filosofía (capital, eliminación del control notarial...).

#### IV. La Sociedad Privada Europea (SPE)

##### A) Antecedentes

11. La propuesta de Sociedad Privada Europea o *Societas Privata Europaea* (SPE) tiene un cierto recorrido previo anterior a su formulación por la Comisión Europea (CE). El primer hito fue un libro publicado por la jurista francesa Jeanne Boucourechliev en 1973, en pleno proceso de discusión de la SE, que solo vería la luz en 2001, donde se proponía configurar una figura semejante en relación con las sociedades cerradas (en Francia *société à responsabilité limitée*), idónea para las PYMES<sup>32</sup>. Posteriormente en el seno del *Centre de recherche sur le droit des affaires* (CREDA), de la Cámara de Comercio de París, se formó una comisión de juristas europeos, bajo la presidencia de Boucourechliev, que elaboró una propuesta articulada de estatuto en 1995<sup>33</sup>. Estas propuestas extraoficiales fueron acogidas por la UE en los años 2000. Cuando la CE publica su comunicación de 2008 sobre la *Small Business Act* para Europa<sup>34</sup> (posteriormente revisada en 2011<sup>35</sup>), se establece como uno de los objetivos, para facilitar la operativa de las PYMES en Europa, aprobar un Estatuto de una SPE. Esto es lo que se pretende iniciar con la propuesta de la CE de Reglamento de la SPE de la misma fecha (PRSPE)<sup>36</sup>. Esta propuesta fue objeto de negociaciones entre representantes de los EE. MM. y la CE durante los años posteriores, hasta que entró en una fase de *stand by* ante la falta de acuerdo en temas claves como la desregulación de algunos aspectos considerados esenciales por algunos EE. MM., como el capital social y la escritura pública notarial. También parece ser que pesó el temor de que la nueva SPE acabase desplazando a los tipos nacionales, inaugurando una nueva etapa de competencia entre legislaciones, ahora directamente con los instrumentos europeos. Finalmente, ante el estancamiento, la CE retiró formalmente la propuesta en 2013<sup>37</sup>.

##### B) Principales características de la SPE

12. En un examen de conjunto, las características principales de la SPE tal y como se delineaba en la propuesta de la CE, eran las que a continuación se señalan.

<sup>31</sup> La expresión *Caballo de Troya* se ha utilizado por diversos comentaristas de estas propuestas europeas. *Ad. ex.* G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta de Directiva sobre la «Societas Unius Personae» (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 55, 2015, pp. 135, nota 45.

<sup>32</sup> J. BOUCOURECHLIEV, *Pour une SARL européenne*, Étude du CREDA, Puf, Paris 1973.

<sup>33</sup> Se reproduce en la obra de J. BOUCOURECHLIEV, *Une société de droit européen*, Presses de Sciences Po, Paris 1999, pp. 107 y ss.

<sup>34</sup> “Pensar primero a pequeña escala” “Small Business Act” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, 25.6.2008, COM(2008) 394 final.

<sup>35</sup> COM(2011) 78 final, de 23.2.2011.

<sup>36</sup> *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea*, 25.6.2008, COM(2008) 396 final.

Sobre la figura, en la literatura en español, véase J. VIERA GONZÁLEZ, “La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 270, 2008, pp. 1331 y ss.; F. ALONSO ESPINOSA, “Sociedad Privada Europea: notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), nº 28, 2010, pp. 1 y ss. (<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27222/1/sociedadprivadaeuropea.pdf>) y R. DRURY, “La SPE...” cit., pp. 37 y ss.

<sup>37</sup> En el anexo de la Comunicación sobre *Regulatory Fitness and Performance (REFIT, Programa de Adecuación y Eficacia de la Reglamentación)*: *Resultados y próximas etapas*, COM(2013) 685, 2.10.2013.

## 1. Tipo europeo

13. Siguiendo la senda de la SE, la SPE se configuraba como un tipo específicamente europeo, común a todos los EE. MM., y a añadir a los nacionales de cada Estado (Sociedad Anónima, Sociedad Limitada...). En este sentido, como ya se ha indicado, la PRSPE era una *propuesta de Estatuto para la SPE*, como ya sucedió anteriormente con la SE. Ahora bien, la “cura de adelgazamiento” que experimentó este Estatuto de la SE en el transcurso de los casi cuarenta años de discusiones que mediaron hasta su culminación en 2001, con múltiples remisiones a la legislación de los EE. MM., para hacerla digerible a los más críticos, se adoptó en la PRSPE de manera preventiva –antes de que lo reclamasen estos mismos–, seguramente con la misma finalidad, siendo bastantes los aspectos que se remitían a la legislación interna del Estado donde la sociedad fuera a tener su domicilio social<sup>38</sup>. No obstante, el adelgazamiento era bastante menos radical que en la SE, al ser considerablemente mayor el contenido sustantivo y las cuestiones reguladas en la PRSPE (o remitidas a la autonomía privada), que en el correspondiente Reglamento de la SE.

Como veremos enseguida, la SPE era un tipo social previsto para facilitar la actividad transfronteriza y, en definitiva, el ejercicio de la libertad de establecimiento en el espacio europeo, y en ello hay de nuevo coincidencia con el Reglamento de la SE. Sin embargo, a diferencia de esta última, donde en la situación de partida de la que surge la sociedad debe hacer siempre implicadas sociedades y otras personas de al menos dos EE. MM., en la PRSPE no se exigía esta circunstancia, al poderse constituir *ex nihilo* por fundadores de un solo Estado, y por transformación, fusión o escisión de una sociedad nacional<sup>39</sup>.

## 2. Sociedad cerrada

14. Nota esencial de la SPE era su configuración como *sociedad cerrada*, en correspondencia con los tipos sociales de este carácter que existen en los EE. MM. y muchos otros ordenamientos jurídicos (*GmbH*, *SL*, etc.). Lógico que se le confriera esta condición, especialmente apreciable en relación con las PYMEs que cuando son negocios «colectivos», suelen basarse en relaciones de confianza entre los socios (sociedades *intuitus personae*), cuando no directamente familiares. En este punto sería un tipo de contraste con la SE, en principio una *sociedad abierta*, aunque por la remisión a los Derechos de los EE. MM. que hace su Reglamento, quepa configurarla estatutariamente como sociedad cerrada estableciendo la vinculación de acciones o restricciones a su circulación.

Este carácter cerrado se denota ya en art. 1 (d) del PRSE, cuando se señala que “[s]us participaciones no serán objeto de oferta pública ni de negociación pública”, con lo que supone de exclusión de los mercados organizados de capitales (bolsas, segundos mercados...), y pérdida de la facilidad de transmisión que confieren las acciones que sean admitidas en estos mercados. En todo caso, y como ya ocurría en algunos ordenamientos como el alemán, donde no se preveía un régimen legal ni necesario de restricciones a la transmisión de las participaciones sociales, la PRSPE tampoco contenía tal previsión, aunque se contemplasen dichas restricciones como posible objeto de la “escritura de constitución” (*rectius* acto constitutivo<sup>40</sup>), y el anexo I de la PRSPE reconociera, en este ámbito, una amplísima libertad para configurar *ad gustum* y *ad hoc* derechos preferentes, restricciones a la transmisibilidad, y cláusulas de arrastre y acompañamiento (*Drag Along* y *Tag Along*).

La fórmula, en todo caso, estaba abierta tanto para sociedades pluripersonales como unipersonales –figura ésta que desde la duodécima Directiva en materia de sociedades (actualmente sustituida por

<sup>38</sup> El art. 1.1.2 de la PRSPE señala que “cuando una materia no se contemple en los artículos del presente Reglamento ni en su anexo I, la SPE se regirá por la legislación, incluidas las disposiciones de incorporación del Derecho comunitario, que se aplique a las sociedades de responsabilidad limitada en el Estado miembro en el que la SPE tenga su domicilio social, en lo sucesivo denominada «legislación nacional aplicable»”.

<sup>39</sup> Art. 5 de la PRSPE.

<sup>40</sup> La propuestas europeas, negociadas en inglés idioma oficial de facto de la UE, tienen algunos problemas en sus versiones castellanas, como el que se acaba de señalar, ya que en el Derecho español el término “escritura” sólo se aplica a documentos autorizados por un notario, que es precisamente uno de los requisitos de control que, como se verá seguidamente, se permitía suprimir.

la Directiva 2009/102/CE) debe reconocerse en todos los EE. MM. en relación con las sociedades cerradas–, ya que el art. 1 (e) de la PRSPE señala que la SPE «*podrá ser constituida por una o varias personas físicas y/o entidades jurídicas, en lo sucesivo denominadas “socios fundadores”*».

### 3. Sociedad contractual

15. Nota muy importante a mi juicio de la PRSPE, es que se optaba claramente por un modelo fundamentalmente *contractual*; esto es, de libre configuración por los socios. En este sentido, el art. 4.1 de la PRSPE, establecía el principio de que “[l]a SPE se regirá por lo dispuesto en el presente Reglamento y, asimismo, en lo referente a las materias enumeradas en el anexo I, por su escritura de constitución”, muy distinto de lo que resulta de la regulación de la SE<sup>41</sup>, y no digamos de algunas legislaciones societarias europeas, donde se limita drásticamente la libertad de autoconfiguración estatutaria (el paradigma máximo del Derecho imperativo es seguramente el alemán de sociedades anónimas<sup>42</sup>).

Desarrollando este principio favorable a la autonomía de la voluntad, el anexo I del PRSPE confería una amplia y articulada libertad de pactos tanto en materia de participaciones, como de órganos e incluso de capital social.

Con todo la PRSPE no estaba huérfana de normas imperativas. Tal es el caso, entre otros, de sus arts. 17 y 18 que establecían reglas de *ius cogens* respecto a lo que, con mejor traducción que la versión oficial al castellano, llamaríamos la *exclusión y separación de socios*. Y que citamos expresamente porque no deja de extrañar que en un tema tan clásico de relaciones internas, donde razonablemente se debe dejar mayor ámbito a la autonomía privada, la propuesta se convierta en tan institucionalista<sup>43</sup>.

### 4. Con especiales facilidades transfronterizas

16. Aunque como acabe de indicarse, la PRSPE no exigía para la constitución de la SPE la existencia de elementos transfronterizos, y de haber salido adelante podría perfectamente haberse utilizado por nacionales de un solo Estado miembro, su configuración sí introducía algunas facilidades para su uso en los negocios transfronterizos en el espacio europeo, siguiendo la estela del Reglamento de la SE y de la jurisprudencia del TJUE desde la sentencia *Centros*.

En este ámbito, en primer lugar, se admitía expresamente la posibilidad de que las futuras SPEs deslocalizasen la administración central o centro principal de sus actividades a un Estado miembro diferente del lugar donde fijasen su domicilio o sede social. En este sentido era bastante terminante el art. 7 de la PRSE, que señalaba:

«La SPE tendrá su domicilio social y su administración central o centro de actividad principal en la Comunidad».

«La SPE no estará obligada en modo alguno a tener su administración central o su centro de actividad principal en el mismo Estado miembro en que tenga su domicilio social».

Por otro lado, el capítulo VII de la PRSPE regulaba con cierta minuciosidad el traslado de domicilio a otro Estado miembro, en línea con lo que hace el Reglamento de la SE.

<sup>41</sup> Sobre este tema especialmente complejo por los equilibrios que hubo que hacer para que finalmente prosperase el Reglamento de la SE, nos permitimos remitirnos a L.A. VELASCO SAN PEDRO, “Una aproximación al sistema de fuentes de la Sociedad Anónima Europea”, en E. PÉREZ CARRILLO, (coord.), *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Marcial Pons, Madrid 2005, págs. 129 y ss.

<sup>42</sup> La Ley de (sociedades por) acciones alemana de 1965 contiene dos elementos que en otro momento he denominado de ultra imperatividad, en los §§ 23.4 y 241.3. El primero señala que los estatutos únicamente pueden apartarse de lo dispuesto en esa Ley, cuando se admita expresamente por ella. El segundo, establece como causa de nulidad de los acuerdos sociales su incompatibilidad con la esencia (*das Wesen*) de la sociedad por acciones.

<sup>43</sup> Con otra opinión, considera más apropiado este régimen que el establecido en el Derecho español de sociedades limitadas, A. J. VIERA GONZÁLEZ, “La sociedad privada....” cit., pp. 1364 y ss.

## 5. Con facilidades de constitución

17. Era también una característica reseñable de la PRSPE, la concesión de facilidades en la constitución de las sociedades, superando los sistemas tradicionales de fundación.

En este punto, sin embargo, la propuesta más que innovar lo que hace es incorporar sistemas ya previstos en los ordenamientos de algunos EE. MM. en la época, en el marco de los procesos de simplificación del Derecho de sociedades, y en todo caso también aconsejados en el ámbito europeo desde la Recomendación de la CE 97/344/CE *sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas*, de 22.4.1997<sup>44</sup>.

En primer lugar aparecía la posibilidad de que las SPEs se constituyeran a través de un *procedimiento electrónico*, sistema que como ya he dicho incorporaban algunos ordenamientos como el español<sup>45</sup>. Sin embargo, nada se decía de la posibilidad de predisponer *estatutos tipo*, imprescindibles si se quiere a la vez que facilitar, acelerar la constitución de sociedades por este sistema, haciendo superfluo o casi innecesario cualquier control de legalidad por parte de los organismos encargados del registro público de las sociedades<sup>46</sup>.

Precisamente en esta última dirección se situaba el art. 10.4 de la PRSPE, que sin imponer un sistema específico de control de la legalidad de la constitución, eliminaba el *doble control de legalidad* existente en algunos EE.MM., como es el caso de Alemania o España, donde al control notarial en el momento de la autorización de la escritura de constitución, se une el registral a través de la previa y preceptiva calificación antes de que la sociedad quede registrada y, por tanto, regularmente constituida<sup>47</sup>. De haber prosperado, estos Estados tendrían que haber optado o por el control notarial o por el registral, pero no por ambos.

Concretamente el art. 10.4 señalaba:

*«La inscripción de la SPE sólo podrá subordinarse a uno de los siguientes requisitos:  
«(a) el control por un órgano administrativo o judicial de la legalidad de los datos y documentos de la SPE»;  
«(b) la certificación de los datos y documentos de la SPE».*

Pero tampoco aquí había novedad, porque ya algunos Estados miembros han dado pasos decididos hacia la eliminación de la escritura pública en el ámbito de las sociedades y, por tanto, hacia la supresión del control notarial. Tal es el caso, por ejemplo, de Portugal en el que ya no se exige escritura pública notarial para la constitución de sociedades<sup>48</sup>.

## 6. Con limitación de responsabilidad de los socios y sin capital mínimo

18. La SPE mantenía la característica generalizada de las *sociedades privadas*, que en muchos ordenamientos se llaman precisamente *sociedades de responsabilidad limitada*, de limitación de la responsabilidad de los socios. En este sentido el art. 1 (b) de la PRSPE señalará que *«[c]ada socio responderá exclusivamente hasta el límite del capital que haya suscrito o se haya comprometido a suscribir»*. En este contexto, es donde deben examinarse las disposiciones de la PRSPE sobre el capital

<sup>44</sup> Véase S. HIERRO ANIBARRO, “La política comunitaria de simplificación del Derecho de sociedades”, en S. HIERRO ANIBARRO (dir.), *Simplificar...* pp. 91 y ss.

<sup>45</sup> Desde la reforma operada por la Ley de 1.4.2003, en la entonces Ley de sociedades de responsabilidad limitada, que creó la “Sociedad Limitada Nueva Empresa”, como subtipo de la sociedad limitada que podía constituirse por vía electrónica a través del “Documento Único Electrónico”.

<sup>46</sup> Y que también incorporó la reforma española citada en la nota anterior.

<sup>47</sup> En el Derecho español este doble control se establece en los arts. 119 del Código de comercio y 20 de la Ley de sociedades de capital.

<sup>48</sup> A raíz de la reforma operada en el art. 7 del Código das sociedades comerciais por el DL 76-A/2006. Véase M. E. RAMOS, en COUTINHO DE ABREU, J. M. (COORD.), *Código das sociedades comerciais em comentário*, Almedida, I, Coimbra 2010, sub art. 7, pp. 133 y ss.

social, en cuanto técnica de protección de los derechos de los acreedores sociales, que sirve de contrapeso a esta limitación de responsabilidad.

19. Dentro de estas disposiciones destaca lo relativo al *capital mínimo*. Establecida la exigencia de un capital social mínimo en el Derecho europeo armonizado solo para las sociedades anónimas, los Derechos de muchos EE. MM., en unas cuantías u otras, tradicionalmente había venido haciendo lo mismo para las sociedades privadas, aunque fijando coherentemente uno menor para estas últimas al ser una fórmula apropiada para PYMEs<sup>49</sup>. Rompiendo con esta tradición el art. 19.4 de la PRSPE permitía constituir este tipo de sociedades con un capital desde 1 euro.

Con independencia del fundamento discutible que ha venido teniendo la exigencia de capital mínimo<sup>50</sup>, está bastante claro que su supresión limita todavía más la controvertida función del capital como medio de tutela de los acreedores sociales, y era probablemente una antesala para su abandono definitivo en el futuro en el Derecho europeo. Aunque se apunta a que ésta fue una de las razones del fracaso de la propuesta, curiosamente en esa lucha por la supervivencia de los Derechos societarios propios que enmarca la competencia entre legislaciones, diversas legislaciones europeas han seguido por esta misma senda eliminando el concepto o estableciendo un capital simbólico mínimo de 1 euro, desde la *Unternehmergesellschaft* alemana<sup>51</sup>, hasta la *Sociedad Limitada de formación sucesiva* española, pasando por otras propuestas semejantes, con unos rasgos u otros, como la holandesa, la italiana<sup>52</sup> o la portuguesa<sup>53</sup>.

20. En este contexto, cobran especial importancia los mecanismos establecidos para el *control de las distribuciones a los socios*<sup>54</sup>, que impidan erogaciones indebidas del patrimonio social a los socios en detrimento de los acreedores. A este respecto el art. 21.1 de la PRSPE establecía como mecanismo para ello un *test de balance*, al señalar lo siguiente:

*«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24, la SPE podrá, sobre la base de una propuesta del órgano de administración, realizar una distribución a los socios, siempre que, tras la distribución, el activo de la SPE cubra plenamente su pasivo. La SPE no podrá distribuir aquellas reservas que no puedan ser distribuidas en virtud de su escritura de constitución.»*

Sin embargo, el art. 21.2 permitía que el acto constitutivo añadiera un *test de solvencia*, al exigir que por los administradores se efectuara un llamado «certificado de solvencia» asegurando que la SPE después del reparto de las distribuciones *«se hallará en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento en el curso normal de la actividad, en el plazo de un año desde la fecha de la distribución»*.

Por mi parte nada que objetar al test de solvencia, máxime si se añade con carácter complementario al test de balance, pero no deja de extrañar que una cuestión que afecta sobre todo a los acreedores y, que por tanto, debiera considerarse indisponible, se deje al albur de lo que puedan acordar los socios a la hora de configurar la sociedad.

<sup>49</sup> En España el capital mínimo en sociedades anónimas es de 60.000 € y el de las limitadas de 3000 €: art. 4 de la Ley de sociedades de capital.

<sup>50</sup> Véase el examen crítico de R. GARCÍA VILLAVARDE, “Capital mínimo”, en AA. VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, *La Fundación*, Editorial Cívitas, Madrid 1991, pp. 111 y ss.

<sup>51</sup> Hace un cuidado estudio de este subtipo social, M. ZABALETA DÍAZ, “La simplificación del Derecho de sociedades en el marco de la competencia de los mercados y de la competencia entre ordenamientos: el caso alemán”, en S. HIERRO ANIBARRO (dir.), *Simplificar...* cit., pp. 152 y ss.

<sup>52</sup> Véase G. FERRI JR., “Prime osservazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. 111, n° 2, 2013, pp. 135 y ss.

<sup>53</sup> Respecto a la solución portuguesa, véase P. T. DOMINGUES, “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas”, *Direito das Sociedades em Revista*, año 3, vol. 6, 2011, pp. 97 y ss.

<sup>54</sup> El art. 1 (b) de la PRSPE, en línea con los planteamientos norteamericanos, mantiene un concepto de *distribución* amplio: “cualquier ventaja financiera obtenida directa o indirectamente de la SPE por un socio, en relación con las participaciones que posea, inclusive la transferencia de fondos o bienes, así como la asunción de una deuda”. Sobre el alcance de este concepto amplio, y los inconvenientes de aplicar a todas estas distribuciones el mismo régimen, me remito a las consideraciones que hice en L. A. VELASCO SAN PEDRO, “El tratamiento...” cit. pp. 171 y ss.



Esta inconsistencia de la propuesta originaria, no obstante, llegó a corregirse a lo largo de las negociaciones entre la CE y representantes de los EE. MM. en versiones posteriores. Concretamente, en la última conocida<sup>55</sup> el art. 22.4 dejaba la cuestión en manos de los EE. MM., que es una solución más adecuada (aunque quizás lo mejor habría sido exigirlo en todo caso) al señalar lo siguiente:

*«Los Estados miembros podrán requerir que al menos 15 días antes de que se acuerde por los miembros la realización de una distribución al amparo del artículo 28 (e), el órgano de administración tenga que certificar por escrito que, habiendo hecho una completa investigación sobre los negocios y las perspectivas de la SPE, los directores se han formado una opinión razonable de que la SPE será capaz de pagar sus deudas a su vencimiento en el normal desarrollo de sus negocios durante el año siguiente a la fecha de la propuesta de distribución (declaración de solvencia)».*

## V. La Societas Unius Personae (SUP)

### A) Antecedentes

**21.** La propuesta de la SUP nace en 2014 como un remedio para paliar el fracaso de la PRSPE que, como ya se ha dicho, ante la falta de acuerdo entre la CE y los EE. MM., fue abandonada definitivamente en 2013. Para esta nueva propuesta en lugar del reglamento, como se hacía en la precedente, se elegirá la directiva, estableciéndose como fundamento el art. 50 del TFUE que, con independencia de que sea o no el más apropiado para una iniciativa de este tipo, facilitaba su aprobación al ser posible ahora solo con mayoría cualificada<sup>56</sup>. También es probable que en la elección de la directiva haya pesado el relativo fracaso de la SE que, habiéndose articulado a través de un reglamento, ha sido objeto de una utilización bastante modesta por los operadores económicos, centrada además en algunos EE. MM., entre los que no se encuentran los del sur de Europa<sup>57</sup>.

La propuesta inicial de la CE era de 9.4.2014 (PDSUP)<sup>58</sup>. Posteriormente se ha publicado un texto transaccional del Consejo de 28.5.2015<sup>59</sup>. En el momento en que se escriben estas líneas su tramitación está *de facto* interrumpida. Parece que en ello están pesando los temores de que la fórmula, que extrema las facilidades para constituir *on line* SUPs, pueda acabar siendo, más que un instrumento para favorecer el funcionamiento de las PYMEs, una nueva fórmula para las llamadas “empresas de buzón” y, a fin de cuentas, para la evasión fiscal, el blanqueo de capitales, etc.<sup>60</sup>. También probablemente ha influido la oposición frontal de las asociaciones de notarios que, no sin razón, han venido apuntando estos peligros<sup>61</sup>, por más que la propuesta les perjudicase también como profesionales, al suprimir el control notarial existente todavía en diversos EE. MM. en relación con la constitución de sociedades.

<sup>55</sup> La última versión disponible es de 27 de noviembre de 2009, referenciada con las siglas i6115/09, ADD 1, DRS 71, SOC 711, en texto inglés que traducimos oficiosamente.

<sup>56</sup> Sobre este fundamento, véanse las consideraciones de G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta...” cit., pp. 115 y ss.

<sup>57</sup> A 25 de junio de 2010 (en los primeros 10 años de vigencia del Reglamento de la SE), había registradas en Europa un total de 595 SEs, el 70 % en Alemania y Chequia, y sin apenas sociedades de este tipo en la Europa meridional. Véase Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Aplicación del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, 17.11.2010, COM(2010) 676 final, p. 3.

<sup>58</sup> *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada*, 9.4.2014, COM(2014) 212 final.

<sup>59</sup> 8811/15, LIMITE, DRS 39, CODEC 706. Precedentemente hay un documento de trabajo de 6.2.2015 del Parlamento Europeo, en el que aparece como ponente el diputado D. Luis de Grandes Pascual.

<sup>60</sup> Sobre estos temores véase G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta...” cit., pp. 137 y ss. Por otro lado, la paralización del proceso probablemente no por casualidad coincide con el famoso escándalo de los llamados “papeles de Panamá”, que ha puesto de relieve la utilización masiva de sociedades offshore en paraísos fiscales por relevantes personajes públicos de numerosos países.

<sup>61</sup> *Position of the Council of the Notariats of the European Union concerning the proposal for a Directive on the single-member private limited liability company (SUP)*, 24.4.2014 ([http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2014/Prise-position-finale-SUP\\_en%20\(1\).pdf](http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2014/Prise-position-finale-SUP_en%20(1).pdf)).

## B) Principales características de la SUP

22. Como se ha hecho con la SPE, a continuación se van a examinar las principales características de la SUP, tratando además de establecer las concomitancias y divergencias existentes con aquélla.

### 1. Tipo nacional de sociedad unipersonal

23. A diferencia de la SPE, que era un intento de establecer un nuevo tipo  *europeo*, como lo es actualmente la SE, la SUP supondría la creación de un nuevo tipo societario pero de carácter  *nacional*, que cada EE. MM. tendría que introducir en su legislación interna y regular dentro de los límites que permite la directiva correspondiente (y demás que eventualmente sean de aplicación). En todo caso, sería un tipo exclusivamente unipersonal, a diferencia de la SPE que podía ser tanto unipersonal como pluripersonal, y que, por otro lado, coexistiría con las demás sociedades unipersonales ya existentes en cada Estado<sup>62</sup> –en España sociedades anónimas unipersonales y sociedades de responsabilidad limitada unipersonales–.

Al igual que sucedía con la SPE, la SUP está prevista para facilitar la actividad transfronteriza, particularmente de las PYMES, al permitir constituir con gran facilidad filiales con sede en otros Estados Miembros. Pero de igual manera que sucedía con la SPE no se exige tampoco ningún elemento transfronterizo, pudiendo constituirse  *ex nihilo* y por transformación de otra sociedad, ni de dimensión, por lo que también podría utilizarse por grandes compañías.

### 2. Sin especiales facilidades transfronterizas

24. El art. 10 de la PDSUP presentada por la CE permitía, aunque de manera menos clara que en la PRSPE, la deslocalización de la administración central de la SUP o centro principal de sus actividades a un Estado miembro diferente del lugar donde fijasen su domicilio o sede social, al señalar que «[l]a SUP tendrá su domicilio social y su administración central o centro de actividad principal en la Unión».

Sin embargo, en el ulterior texto transaccional del Consejo, desaparece esta regla, lo que supone que para esta cuestión, por el sistema de fuentes, debería aplicarse el correspondiente Derecho nacional<sup>63</sup>. En el estado actual de muchos Derechos, que siguen la llamada  *Sitztheorie* (Alemania, España..., etc.), esto no es posible<sup>64</sup>.

Por otro lado, la PDSUP no se ocupa específicamente del traslado del domicilio a otro Estado miembro, que, sin embargo, será el objeto de la todavía  *non nata* 14 Directiva sobre traslado de domicilio<sup>65</sup>.

### 3. Constitución electrónica estandarizada

25. Quizás la característica más relevante de la SUP, y una de las que más atención ha suscitado, es la posibilidad de constituir la electrónica directamente por el fundador, utilizando una firma electrónica reconocida en un Estado miembro<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> La primera parte de la PDSUP contiene disposiciones para todas las sociedades unipersonales, que sustituyen a la de la vigente Directiva 2009/102/CE, que quedaría derogada.

<sup>63</sup> En relación con las fuentes el art. 7.4 del texto del Consejo, señala:

«Las SUP se registrarán:

«a) por la legislación nacional adoptada por el Estado miembro en que la SUP esté registrada en cumplimiento de la presente Directiva, y

«b) en las materias no reguladas por la presente Directiva, por la legislación nacional aplicable en el Estado miembro en que esté registrada la SUP a las sociedades privadas de responsabilidad limitada por acciones que figuran en el anexo I».

<sup>64</sup> En el Derecho español el art. 9 de la Ley de sociedades de capital, señala:

«1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación».

«2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España».

<sup>65</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas (2011/2046(INI)). DOUE C 239 E/18, 20 de agosto de 2013.

<sup>66</sup> Véase el art. 14 de la PDSUP.

Esto supone la *eliminación del control notarial* –que en el caso de la SPE era opcional, pues podía mantenerse con tal de que fuera el único control–, y es lo que a fin de cuentas ha suscitado las mayores críticas a la figura, según se indicó anteriormente.

Por si hubiera dudas al respecto, el art. 14.3 de la PDSPU, señalará lo siguiente:

*«Los Estados miembros velarán por que el procedimiento de registro para las SUP establecidas ex nihilo pueda ser cumplimentado por vía electrónica en su totalidad, sin que sea necesario que el socio fundador comparezca ante una autoridad del Estado miembro de registro (registro en línea).»*

En esta misma línea el art. 13.2 de la PDSUP limitaba la información exigible al fundador a la hora del registro de la SUP, que se ha reducido todavía más en el texto del Consejo.

**26.** Siguiendo por otro lado orientaciones presentes ya en las legislaciones de algunos EE. MM., el art. 11 de la PDSUP preveía un modelo uniforme de «escritura de constitución» (*rectius* acto constitutivo), al que se podría acceder por vía electrónica y que sería establecido por la CE mediante un acto ejecutivo. En la propuesta transaccional del Consejo en el artículo homónimo el modelo o modelos –se admite además que sean varios– serían establecido por los EE. MM., tratándose por tanto ya de modelos nacionales, lo que casa más con el carácter de la propuesta, que es de una directiva y no de un reglamento<sup>67</sup>.

La predisposición de estos modelos supone, a fin de cuentas, la sustitución de los estatutos elaborados *ad hoc* por abogados o notarios, adaptándose, teóricamente al menos, a las necesidades y preferencias de los fundadores, por estatutos genéricos de aplicación general. En definitiva la sustitución de los viejos trajes a medida, elaborados artesanal e individualmente, por una especie de *prêt-à-porter* societario, donde la prenda está ya confeccionada.

No cabe duda de que estos modelos facilitan la constitución rápida de las sociedades, al aligerar considerablemente los costes y tiempos de elaboración de los estatutos y, sobre todo, del control de su legalidad (control registral). Pero esta técnica no deja de contrastar con las posturas contractualistas, teórico apoyo de las últimas iniciativas desreguladoras europeas, ya que poco o ningún papel reservan a los fundadores en la conformación de los estatutos, pues deben limitarse a elegir entre los modelos disponibles –en el caso de que haya varios–, y bien pudiera suceder, si seguimos con el símil textil, que no encuentren ninguno de su gusto o talla.

#### **4. Con limitación de responsabilidad del socio único y sin capital mínimo**

**27.** La concepción que se mantiene en las propuestas sobre la SPU en relación con la responsabilidad del socio, el capital mínimo y el control de las distribuciones, es análoga a la que tenía la PRSPE, aunque con algunas diferencias –en este punto también divergen las propuestas de la CE y el texto del Consejo–, que hacen que estén algo más alineadas con la técnica tradicional del capital social<sup>68</sup>.

Concretamente se mantiene la limitación de responsabilidad, en este caso, del socio único (art. 7.2 PDSUP). También la supresión del capital mínimo al poderse constituir la SPU desde 1 euro (o una unidad de la moneda del Estado miembro si no fuera el euro) (art. 16.1 PDSUP).

Por otro lado, el artículo 16.4 de la PRSUP insistía en reducir el papel de los fondos propios en la estructura financiera de la sociedad, al establecer lo siguiente:

*«[L]os Estados miembros velarán por que la SUP no esté sujeta a normas que exijan a la sociedad constituir reservas legales. Los Estados miembros autorizarán a las sociedades para que constituyan reservas de conformidad con sus escrituras de constitución».*

Sin embargo, el art. 16.4 del texto transaccional del Consejo, en línea con lo que se exige en los Derechos de algunos EE. MM. para fórmulas análogas de inexistencia de capital mínimo, por la vía de ordenar, con unos mecanismos u otros, la formación de reservas legales, como sucede en Alemania con

<sup>67</sup> Analiza con detalle y críticamente estos aspectos G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta...” cit., pp. 127 y ss.

<sup>68</sup> De nuevo analiza con detalle estos aspectos G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta...” cit., pp. 139 y ss.

la *Unternehmergeellschaft*, y en España con la *Sociedad de Responsabilidad Limitada de formación sucesiva*, señalará lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán exigir a las SUP que constituyan reservas legales en forma de porcentaje de sus beneficios o como un máximo de la cantidad de capital social mínimo requerido a las sociedades privadas de responsabilidad limitada que figuran en el anexo I, o ambas condiciones.

«Los Estados miembros permitirán a las sociedades que constituyan reservas, sin perjuicio de la obligación de incluir las reservas, si las hubiere, en la presentación del balance con arreglo al artículo 10 de la Directiva 2013/34/EU y de cualquier obligación de publicación en relación con las reservas establecida en la normativa nacional».

Respecto al control del «reparto de beneficios» –ya no se habla del concepto más amplio de «distribuciones» que utilizaba la PRSPE– el art. 18 de la PDSUP exigía que se aplicase tanto un test de balance, como un test de solvencia. En el texto transaccional el art. 18 contempla ambos mecanismos, sin embargo, como alternativas, al señalar lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que se establezcan mecanismos en la legislación nacional que impidan que las SUP se vean en la incapacidad de pagar sus deudas tras proceder a un reparto de beneficios.

«2. A efectos del apartado 1, los Estados miembros podrán estipular que una SUP no esté autorizada a proceder a un reparto de beneficios a su único socio si:

«a) a fecha de cierre del último estado financiero, los activos totales tras deducción de los pasivos totales, como figuran en las cuentas anuales de las SUP sean, o pasen a ser tras dicho reparto de beneficios, inferiores a la cantidad de capital social más las reservas que no se puedan repartir en virtud de la normativa nacional que exija a las SUP constituir reservas legales con arreglo al artículo 16, apartado 4, si las hubiere, o en virtud de la escritura de constitución de la SUP;

y/o

«b) en caso de un reparto de beneficios en forma de pago de dividendos, la SUP dejara de tener capacidad para cumplir sus obligaciones a medida que vayan venciendo y deban abonarse durante el período de seis meses posterior al pago de dicho dividendo».

## VI. Conclusiones

**28.** Llegados a este punto, conviene insistir en que sigue habiendo problemas importantes que obstaculizan la libertad de establecimiento en el espacio europeo y, por tanto, el correcto funcionamiento del mercado interior.

**29.** Uno de estos problemas era el del *reconocimiento de personas jurídicas*, que trató de solventarse por un proyecto de Convenio internacional en 1968, pero que finalmente no prosperó. Sin embargo, este problema debe considerarse resuelto por la jurisprudencia del TJCE a partir de la sentencia de 5.11.2002, en el asunto *Überseering*.

**30.** Otro problema es el de la *lex societatis* –que legislación se aplica a las sociedades en el tráfico transfronterizo–. En este punto, como es sabido, las legislaciones de los EE. MM. siguen tradicionalmente dos criterios distintos. Unos Estados la tesis de la sede social o *Sitztheorie* (Alemania, España..., etc.), conforme a la cual debe aplicarse la legislación donde la sociedad tenga su sede social. Otros, en cambio, la tesis de la incorporación o *Gründungstheorie* (Reino Unido...), que considera que se aplicaría la legislación conforme a la que se ha constituido. Quienes entendieron que la primera tesis era incompatible con el Derecho europeo tras la sentencia *Überseering*, hicieron probablemente una lectura apresurada de la misma, que la ulterior sentencia de 16.12.2008, en el asunto *Cartesio*, desmintió, al reafirmar que esta cuestión estaba encomendada a los Derechos nacionales<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Véase F. MARTÍNEZ RIVAS, “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso *Daily Mail* al caso *Cartesio*. Veinte años no son nada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, nº 1, Marzo 2009, pp. 132 y ss., esp. pp. 139 y ss..

**31.** Junto a estos problemas, hay que señalar el de la diversidad de legislaciones, que en materia de sociedades privadas, apenas está armonizado al día de la fecha. Esto genera dificultades y costes importantes como ya se indicó en la introducción.

En este contexto, los esfuerzos que representan las sucesivas propuestas de la SPE y la SUP, por encima del acierto o desacierto en alguna de sus formulaciones concretas, estaban más que justificados, y su no culminación exige que se siga intentando, acaso por otras vías. En este punto puede ser interesante ensayar una vía de armonización como la emprendida con la sociedad anónima, que además últimamente ha reverdecido un tanto, a raíz de la directiva sobre derechos de los accionistas<sup>70</sup> y las propuestas para su reforma<sup>71</sup> y de codificación de directivas en materia de sociedades<sup>72</sup>. Con ello además se evitaría algo que no me parece deseable: esa *race to the bottom* que desata la competencia entre legislaciones, y que se sabe como empieza, pero no como terminará.

Para evitar esto, sería conveniente que entre todas las instancias implicadas, comenzando por los EE. MM., establecieran algunas orientaciones de principio sólidas. Si yo fuera el encargado de definir estas orientaciones me atendería a un *contractualismo sensato, con protección de terceros*, pues las sociedades privadas son y serán siempre sociedades de base contractual, pero quienes se relacionan con ellas, por ejemplo como acreedores, no pueden tener menos derechos que los que lo hacen con grandes compañías, como parece dar a entender con obstinación la deriva de muchos Derechos nacionales hacia una supresión o, cuando menos, morigeración de los análogos de las sociedades anónimas. Claro me quedaría por definir los términos concretos de lo que yo entiendo por contractualismo sensato, pero esto sería ya tema para otros trabajos...<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de junio de 2007 *sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas*, DOUE L 184/17, de 14 de julio de 2007.

<sup>71</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial*, 9.4.2014, COM(2014) 213 final.

<sup>72</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre ciertos aspectos del derecho de sociedades (codificación)*, 3.12.2015, COM(2015) 616 final.

<sup>73</sup> Alguna pista de lo que yo pienso sobre estas cuestiones, se puede ver en mi trabajo L. A. VELASCO SAN PEDRO, “¿Institución o contrato?...” cit., pp. 335 y ss.

# EU REGULATION NO. 2016/1191 AND THE CIRCULATION OF PUBLIC DOCUMENTS BETWEEN EU MEMBER STATES AND THIRD COUNTRIES

## IL REGOLAMENTO (UE) N. 2016/1191 E LA CIRCOLAZIONE DEI DOCUMENTI PUBBLICI TRA STATI MEMBRI E PAESI TERZI

ARIANNA VETTOREL

*Post-Doctoral Fellow, Department of Public, International and Community Law  
University of Padua, Padua, Italy*

Recibido: 15.01.2017 / Aceptado: 25.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3625>

**Abstract:** The recent EU Regulation No. 2016/1191 has introduced common rules only for the intra-European circulation of public documents. Nevertheless, it could raise some concerns regarding the circulation of public documents between EU Member States and third countries. Specifically, the European Union's adoption of common rules on public documents when combined with the CJEU's case law on the European Union's exclusive external competence could call into question the EU Member States' power to conclude or maintain international agreements with third countries on this topic. This paper will outline these concerns and suggest that this regulation should not preclude EU Member States from concluding or maintaining international agreements with third countries on the circulation of public documents.

**Keywords:** public documents, civil status documents, legalisation, *apostille*, EU exclusive external competence.

**Riassunto:** Il recente regolamento (UE) n. 2016/1191 ha introdotto regole comuni in materia di circolazione dei documenti pubblici, limitando la sua applicazione alla circolazione tra gli Stati membri dell'Unione europea. La sua adozione, tuttavia, potrebbe sollevare alcuni problemi con riguardo alla circolazione di documenti pubblici tra questi e gli Stati terzi. Nello specifico, l'introduzione di tali regole comuni potrebbe pregiudicare il potere degli Stati membri di negoziare, concludere, modificare e aderire ad accordi internazionali con Paesi terzi (nonché accettare l'adesione di nuove parti contraenti), in considerazione dell'interpretazione della Corte di giustizia sulla competenza esterna esclusiva dell'Unione europea. Il presente contributo, pertanto, analizzerà tali aspetti, suggerendo, quale possibile soluzione, che l'interpretazione del nuovo regolamento sia orientata a confermare il potere degli Stati membri di negoziare, concludere, modificare, aderire a qualsiasi convenzione internazionale con Paesi terzi (e accettare l'adesione di nuove parti contraenti) in materia di circolazione dei documenti pubblici.

**Parole chiave:** documenti pubblici, atti di stato civile, legalizzazione, apostilla, competenza esterna esclusiva dell'Unione europea.

**Summary:** I. Introduction. II. EU Regulation No. 2016/1191: Article 19(4) and the EU Member States' power to regulate the circulation of public documents with third countries. III. EU exclusive competence to sign international agreements and CJEU Opinion 1/13. IV. The adoption of common rules on public documents, and the Member States' power to regulate the circulation of public documents with third countries. 1. The purpose and *raison d'être* of Article 19(4) of EU Regulation No. 2016/1191. 2. The potential threat to common rules and the interplay between Article 19(4) of the Regulation (EU) No. 2016/1191 and the relevant provisions of the EU Treaties. V. Final remarks.

## I. Introduction

1. The EU Institutions have recently adopted EU Regulation No. 2016/1191 on “promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012”<sup>1</sup>. The regulation is aimed at facilitating the circulation of public documents, “les parents pauvres du droit international privé”<sup>2</sup>, between different States, a practice which is crucial for facilitating the international movement of persons<sup>3</sup>.

2. To reach this goal, the regulation removes some administrative formalities and simplifies others<sup>4</sup>, but it ultimately fails to address issues concerning the destination country’s full recognition of the legal status certified by the nation of origin’s authorities in these public documents<sup>5</sup>. Therefore, although the regulation will simplify the movement of EU citizens within the EU, it will not have a significant impact on the main issues tied to the transnational circulation of citizens arising at the recognition stage. It also fails to address the significant problems regarding the movement of business entities across EU borders<sup>6</sup>.

3. Nevertheless, while it is a minimal reform, it could still arouse some concerns regarding the current framework governing the international circulation of public documents. To be precise, this regulation is likely to raise some questions regarding its scope. Indeed, pursuant to Article 2, the regulation’s scope is expressly limited to EU public documents. Moreover, Article 19(4) expressly affirms the Member States’ power to set up or maintain international relations with third countries in this legal domain. The adoption of common rules on public documents may affect EU Member States’ power to regulate the circulation of these documents when they originate from third countries, however. This may be the case especially if the regulation is read together with Article 3(2) of the TFEU, Article 216(1) of the TFEU, and the CJEU jurisprudence on the EU’s exclusive external competence, particularly the recent CJEU Opinion 1/13<sup>7</sup>. In light of this potential reading, it is worth examining whether, after this recent

<sup>1</sup> Regulation (EU) No 2016/1191 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012, *OJL* 200 of 26 de July 2016, p. 1 ff.

<sup>2</sup> CH. PAMBOUKIS, “Les actes publics et la méthode de la reconnaissance”, in P. LAGARDE, *La reconnaissance des situations en droit international privé, Actes du colloque international de La Haye du 18 Janvier 2013*, Paris, Pedone, 2013, pp. 133-46, at p. 133.

<sup>3</sup> In this regard see P. LAGARDE, “Préface”, in P. PAMBOUKIS, *L’acte public étranger en droit international privé*, Paris, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., t. 219, 1993, XVII.

<sup>4</sup> The administrative formalities are, for instance, legalisation and the *apostille*, required to establish the authenticity of public documents so that they can be used outside the Member State where they have been issued. They concern in particular the authenticity of signatures and the capacity in which the person signing the document has acted. Other formalities which serve a similar purpose in cross-border situations are certification requirements for copies and translations.

<sup>5</sup> As is well known, these concerns have been addressed by legal scholars and are at the very core of the “method of recognition”, which is being raised as a significant subject of debate. On this topic see, for instance, P. LAGARDE, “Introduction au thème de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés”, in P. LAGARDE, *La reconnaissance des situations en droit international privé, Actes du colloque international de La Haye du 18 Janvier 2013, supra*, n 2, pp. 19-25; P. LAGARDE, “La reconnaissance mode d’emploi”, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 481-501; P. MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, in *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 547-73; H. MUIR WATT, “La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé”, in E. TOURME JOUANNET, H. MUIR WATT O. DE FROUVILLE, J. MATRINGE, *Droit international et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2016, pp. 281-91. Criticism against the method of recognition has been made by E. JAYME, C. KOHLER, “Europaisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 21, issue 6, 2001, pp. 501-14, at p. 502; C. CAMPIGLIO, “Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statutori ai giorni nostri”, (2013) *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, pp. 593-617, at pp. 607-8.

<sup>6</sup> Differently, the Green Paper (*infra*, fn 8), presented by the EU Commission in 2010, and the original Proposal for an EU Regulation on public documents (*infra*, fn 9), presented by the EU Commission in 2013, dealt with the movement of businesses between EU Member States. On this topic, see *infra* section 3.

<sup>7</sup> Opinion 1/13, *Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU — Convention on the civil aspects of international child abduction*, ECLI:EU:C:2014:2303. For a critical analysis of the Opinion, see P. BEAUMONT, “A critical Analysis of the Judicial Activism of the Court of Justice of the European Union in Opinion 1/13”, Working Paper No. 2015/1, available at <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>; and I. GOVAERE, “Setting the international scene”: EU external competence

EU regulation, EU Member States still retain their power to enter into or maintain any international agreements on the circulation of public documents with third countries.

4. After briefly summarising the background and the content of EU Regulation No. 2016/1191, particularly focusing on its Article 19(4), and the current framework governing the EU Member States' power to regulate the circulation of public documents coming from third countries (Section 2), this paper analyses the relevant CJEU jurisprudence (in particular its Opinion 1/13) in order to explain why this question may arise (Section 3). In Section 4, the paper outlines the *raison d'être* of Article 19(4) and its potential relationship with the relevant provisions of the TFEU; and finally, in Section 5, it suggests that this regulation should not preclude EU Member States from concluding or maintaining international agreements with third countries on the matter at hand.

## II. EU Regulation No. 2016/1191: Article 19(4) and the EU Member States' power to regulate the circulation of public documents with third countries

5. Regulation (EU) No. 2016/1191 was adopted after long negotiations which started in 2010, when the EU Commission released the Green Paper on "Less bureaucracy for citizens: promoting the free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records"<sup>8</sup> (hereinafter: "the 2010 Green Paper"). The negotiations continued with the EU Commission's presentation of a Proposal for an EU Regulation in 2013<sup>9</sup>, which led to the adoption of EU Regulation No. 2016/1191 three years later; it was published on 26 July 2016. The regulation was adopted on the basis of Article 21 of the TFEU, and is thus not formally founded upon the proper legal basis for EU private international law. Nevertheless, it undoubtedly contributes to this area of law.

6. Like the proposal, the adopted regulation constitutes a minimal reform, less extensive than that of the 2010 Green Paper, partly since it does not address problems related to the movement of businesses across EU borders and primarily because it avoids the issue of continuity of civil legal status across the Member States within the EU<sup>10</sup>.

7. But, as already mentioned in Section 1, in addition to the issue of recognition, there is also another issue which emerges when the very first version of the proposal is compared with the text of the adopted regulation. While the proposal did not deal with the power of EU Member States to regulate the circulation of public documents with third countries, the regulation includes a specific provision on that topic. Indeed, Article 19(4) of EU Regulation No. 2016/1191, echoing point 48 of the preamble to the regulation<sup>11</sup>, states that "[t]his Regulation shall not preclude Member States from negotiating, conclud-

---

and the procedures post-Lisbon revisited in the light of CJEU Opinion 1/13", (2015) *Common Market Law Review* 52, pp. 1277-1308.

<sup>8</sup> See the Green Paper "Less bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records", Brussels, 15 December 2010, COM(2010) 747 final.

<sup>9</sup> See the 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 (EU) No 1024/2012, COM/2013/0228 final, available at <http://eur-lex.europa.eu>. On the 2013 proposal see P. LAGARDE, "The Movement of Civil Status Records in Europe, and the European Commission's Proposal of 24 April 2013", *Yearbook of Private International Law*, vol. XV, 2013/2014, pp. 1-12; C. KOHLER, "Towards the Recognition of Civil Status in the European Union", *Yearbook of Private International Law*, vol. 15, 2013/2014, pp. 13-29; S. MARINO, "Cooperazione amministrativa e circolazione delle persone: verso il riconoscimento automatico degli atti di stato civile?", *Rivista di diritto internazionale*, 2013, pp. 964-70, at p. 969; C. A. MONZONIS, "New Developments in the Scope of the Circulation of Public Documents in the European Union", *Zeitschrift für Zivilprozess international: Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts*, vol. 18, 2013, pp. 245-81.

<sup>10</sup> It is worth noting that the final version of the regulation only deals with formalities related to EU citizens, avoiding formalities related to businesses. Specifically, the regulation only exempts a limited number of public documents from legalisation and similar formalities and only for this limited range of public documents does it establish Union multilingual standard forms, after the model of EU Regulation No. 650/2012.

<sup>11</sup> Point 48 of the Preamble affirms that "this Regulation should not preclude Member States from concluding bilateral



ing, acceding to, amending or applying international agreements and arrangements with third countries concerning legalisation or similar formality in respect of public documents concerning matters covered by this Regulation, and issued by the authorities of Member States or third countries in order to be used in relations between the Member States and the third countries concerned”. It also affirms that “[t]his Regulation shall not preclude Member States from deciding on the acceptance of the accession of new contracting parties to such agreements and arrangements to which one or more Member States is or may decide to become party”.

**8.** The recent EU Regulation on this topic, therefore, is supposed to address no more than the intra-European movement of documents and should not affect international conventions pertaining to matters between an EU Member State and a non-EU-Member State. According to the regulation’s express provisions, such matters should remain within the domain of each EU Member State, which should retain the power to regulate the circulation of public documents with non-EU countries through bilateral or multilateral treaties.

**9.** With regard to the latter, attempts to abolish formalities have been carried out within some international organisations. Specifically, these attempts have led to the adoption of several conventions. Among these, the most important is the Hague Convention of 5 October 1961 “Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents” (hereinafter: “the 1961 Hague Convention”)<sup>12</sup>, which (true to its name) abolishes the requirement of legalisation for foreign public documents and replaces it with the apostille. The Council of Europe has also adopted a convention on legalisation, the similarly titled European Convention of 7 June 1968 on the “Abolition of Legalisation of Documents executed by Diplomatic Agents or Consular Officers” (hereinafter: “the 1968 Council of Europe Convention”)<sup>13</sup>. Moreover, the 1973 Unidroit Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will (hereinafter: the “Unidroit Convention”) exempts international wills from “any legalization or like formality”<sup>14</sup>. The International Commission on Civil Status (hereinafter: “ICCS”) has also promoted conventions aimed at reducing administrative formalities concerning public documents. The ICCS conventions specifically concerning public documents and their administrative formalities are: ICCS Convention No. 2 of 26 September 1957 on the Issue Free of Charge and the Exemption from Legalisation of Copies of Civil-Status Records (hereinafter: “the 1957 ICCS Convention”); ICCS Convention No. 16 of 8 September 1976 on the Issue of Multilingual Extracts from Civil Status Records (hereinafter: “the 1976 ICCS Convention”); ICCS Convention No. 17 of 15 September 1977 on the Exemption from Legalisation of Certain Records and Documents (hereinafter: “the 1977 ICCS Convention”); ICCS Convention No. 24 of 5 September 1990 on the Recognition and Updating of Civil Status Booklets (hereinafter: “the 1990 ICCS Convention”); and the ICCS Convention No. 34 of 14 March 2014 on the Issue of Multilingual and Coded Extracts from Civil-Status Records and Multilingual and Coded Civil-Status Certificates (hereinafter: “the 2014 ICCS Convention”)<sup>15</sup>.

**10.** Today, all EU Member States are parties to the 1961 Hague Convention. Some of them are not parties to the 1968 Council of Europe Convention, however, and many are still not parties to either

---

or multilateral international agreements with third countries concerning legalisation or similar formality in respect of public documents relating to matters covered by this Regulation and issued by the authorities of Member States or of third countries for use in relations between the Member States and the third countries concerned. Member States should also not be precluded, to the extent that one or more Member States are or may decide to become party to such agreements and arrangements, from deciding on the acceptance of the accession of new contracting parties, in particular as regards the right to raise and notify objections to new accessions as referred to in the second paragraph of Article 12 of the Apostille Convention, or from applying, amending or deciding on accessions of new contracting parties to, the European Convention of 1968 on the Abolition of Legalisation of documents executed by Diplomatic Agents or Consular Officers”.

<sup>12</sup> The text of the Convention is available at <https://www.hcch.net>.

<sup>13</sup> The text of the Convention is available at [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>14</sup> See Art. VI of the 1973 Unidroit Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will. The text of the Convention is available at <http://www.unidroit.org>.

<sup>15</sup> The texts of the ICCS Conventions are available at [http://www.ciec1.org/WD210AWP/WD210Awp.exe/CONNECT/SiteCIEC?\\_WWREFERER\\_=http%3A%2F%2Fwww.ciec1.org%2F&\\_WWNATION\\_=5](http://www.ciec1.org/WD210AWP/WD210Awp.exe/CONNECT/SiteCIEC?_WWREFERER_=http%3A%2F%2Fwww.ciec1.org%2F&_WWNATION_=5).

the Unidroit Convention or the aforementioned ICCS conventions. Furthermore, numerous non-EU countries are not yet parties to any of these conventions.

**11.** Therefore, while this Regulation facilitates the intra-European circulation of public documents, efforts have still to be carried out to promote – through international conventions – the circulation of these documents between EU Member States and third countries.

**12.** At this point, however, there is a question as to whether EU Member States maintain some leeway to enter into bilateral or multilateral agreements with third countries or to accept third countries' potential adhesion to already established conventions, such as the 1961 Hague Convention, without violating their TFEU obligations. Indeed, although the provision contained in Article 19(4) of EU Regulation No. 2016/1191 seems clear in this respect, the question arises in light of Article 216(1) and Article 3(2) of the TFEU, read in combination with the activist CJEU jurisprudence on the EU's external exclusive competence, particularly the recent CJEU Opinion 1/13.

### III. EU exclusive competence to sign international agreements and CJEU Opinion 1/13

**13.** After the Lisbon Treaty, the EU's competence to conclude international agreements is governed by the new provision enshrined in Article 216(1) of the TFEU, which states that “[t]he Union may conclude an agreement with one or more third countries or international organisations where the Treaties so provide or where the conclusion of an agreement is necessary in order to achieve, within the framework of the Union's policies, one of the objectives referred to in the Treaties, or is provided for in a legally binding Union act or is likely to affect common rules or alter their scope”.

**14.** However, as has been pointed out, the CJEU has only mentioned this provision “dismissively”<sup>16</sup> in its post-Lisbon case law. It did so in the Broadcasting case<sup>17</sup>, and particularly in its Opinion 1/13, dealing with private international law matters. This opinion focused specifically on the competence of the EU to accept the accession of a third country to the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction<sup>18</sup>.

It has been affirmed that in Opinion 1/13 the CJEU “declines to start with Article 216 [of the] TFEU in determining whether the EU has competence to accept the accession of third States [...] [I]t sets out the competence of the EU from its own case law”<sup>19</sup>.

Indeed, in this opinion, the CJEU has evidently departed from the provisions of the Treaty that assess the external competence of the EU.

This departure clearly emerges at paragraph 67 of the opinion. Here the CJEU relied first of all on its jurisprudence established in the ERTA case<sup>20</sup> regarding the European Agreement on Road Transport, where the CJEU held that, in the absence of an external legal basis, Member States may no longer act externally if their external action “would affect common rules or alter their scope”. But then the CJEU cited its later case law, where it broadly interpreted the ERTA test. Specifically, CJEU Opinion

<sup>16</sup> P. BEAUMONT, *supra* n. 7, p. 7.

<sup>17</sup> Case C-114/12, *European Commission v Council of the European Union*, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2014:2151, not published in ECR.

<sup>18</sup> As is well known, Opinion 1/13 considered the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in relation to Regulation (EC) No. 2201/2003, which was adopted on the basis of Article 81 of the TFEU, the proper legal basis of EU private international law. EU Regulation No. 2016/1191, by contrast, was adopted mainly on the basis of Article 21 of the TFEU. However, this article will also consider Opinion 1/13, as the aforementioned regulation deals with an issue directly connected with EU judicial cooperation in civil matters and completes such cooperation. Therefore, it seems reasonable to discuss Opinion 1/13 here to examine possible developments in the EU's external exclusive competence in private international law matters.

<sup>19</sup> P. BEAUMONT, *supra* fn 7, p. 7.

<sup>20</sup> Case 22/70, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities* [1971] ECR 263.

1/13 directly references Opinion 1/03 on the Lugano Convention<sup>21</sup> and also indirectly refers to Opinion 1/76 on a Draft Agreement establishing a European laying-up fund for inland waterway vessels<sup>22</sup> and Opinion 2/91 on the ILO<sup>23</sup>. Pursuant to this case law, the EU's internal competence to legislate is the only subject that must be considered when assessing the EU's external competence; any actual risk to adopted common rules is not treated as a relevant concern.

**15.** Thus, according to CJEU Opinion 1/13, the ERTA test as later broadly interpreted was the first legal basis on which to assess the EU's external competence.

**16.** On that basis, the CJEU stated that “[t]he competence of the EU to conclude international agreements may arise not only from an express conferment by the Treaties but may equally flow implicitly from other provisions of the Treaties and from measures adopted, within the framework of those provisions, by the EU institutions. In particular, whenever EU law creates for those institutions powers within its internal system for the purpose of attaining a specific objective, the EU has authority to undertake international commitments necessary for the attainment of that objective even in the absence of an express provision to that effect”<sup>24</sup>.

Only later did the CJEU affirm that “[t]he last-mentioned possibility is also referred to in Article 216(1) [of the] TFEU”<sup>25</sup>. However, this article, which was only mentioned in passing (and as a last point) by the CJEU, actually states something different. It codifies the original ERTA test. By contrast, the CJEU refers, without giving any reasons for doing so, to its later broad interpretation of the ERTA test, which the 2009 Lisbon reform did not codify in the Treaty.

**17.** The CJEU's reasoning has been criticised by legal scholars, who, with specific regard to Opinion 1/13, have pointed out that “[t]he impression is that the Court thinks the EU has external competence whenever a matter falls within an area over which the EU has internal competence to legislate”<sup>26</sup>.

**18.** Criticism also arises regarding the CJEU's assessment on the nature of the EU's external competence, as stated in Article 3(2) of the TFEU, which affirms that “[t]he Union shall also have exclusive competence for the conclusion of an international agreement when its conclusion is provided for in a legislative act of the Union or is necessary to enable the Union to exercise its internal competence, or in so far as its conclusion may affect common rules or alter their scope”.

Furthermore, when assessing the exclusive nature of EU competence, the CJEU referred back to its own case law prior to the Lisbon reform, without “mak[ing] any attempt to justify why the Court's old case law on this topic is still relevant to interpreting the words of the Treaty”<sup>27</sup>.

**19.** Once again, the CJEU based its reasoning on the ERTA test as it was broadly interpreted in its later, but still pre-Lisbon, case law.

**20.** Indeed, to further support its assessment of the nature of the EU's competence, the CJEU recalled its aforementioned Opinion 2/91, pointing out that the external and internal measures do not necessarily need to coincide fully, since it is sufficient that there be merely “an area already covered to a

<sup>21</sup> Opinion 1/03, *Competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* [2006] ECR I-1145. On this Opinion see F. Pocar (ed.), *The External Competence of the European Union and Private International Law. The Court's Advisory Opinion on the Lugano Convention*, Padova, CEDAM, 2007.

<sup>22</sup> Opinion 1/76, *Opinion given pursuant to Article 228 (1) of the EEC Treaty - 'Draft Agreement establishing a European laying-up fund for inland waterway vessels'* [1977] ECR 741.

<sup>23</sup> Opinion 2/91, *Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228 (1) of the EEC Treaty - Convention N° 170 of the International Labour Organization concerning safety in the use of chemicals at work* [1993] ECR I-1061.

<sup>24</sup> Opinion 1/13, *supra* fn 7, para 67.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> P. BEAUMONT, *supra* fn 7, p. 7.

<sup>27</sup> P. BEAUMONT, *supra* fn 7, p. 9.

large extent by EU measures”, as was confirmed in its Opinion 1/94, regarding the WTO Agreement and its annexes<sup>28</sup>. In addition, the CJEU recalled its aforementioned Opinion 1/03, where it further affirmed that its interpretation would take into consideration not only already adopted EU internal measures, but also “foreseeable future developments”. These interpretations, broader than the original ERTA test, were later confirmed in the Open Skies cases<sup>29</sup>.

However, as already mentioned, the 2009 Lisbon Treaty codified the original ERTA test<sup>30</sup>, while it did not codify its later broader interpretation.

Despite this, when assessing the extent of EU competence, the CJEU relied on its pre-Lisbon case law and these more relaxed interpretations<sup>31</sup>, without clarifying the reasons for such a choice.

21. Hence, although CJEU judicial activism is well known and criticised<sup>32</sup>, Opinion 1/13 goes a step further in allowing the EU to take over the power of individual Member States to conclude or maintain agreements with third countries. As legal scholars have noted, the CJEU with the “dogmatic”<sup>33</sup> assertions enshrined in Opinion 1/13 “unequivocally accepts that the EU may replace the Member State in setting the international scene”<sup>34</sup>. And the CJEU’s interpretation could pave the way for also superseding the EU Member States’ power to regulate private international law matters involving third countries<sup>35</sup>.

22. In the following section, we will examine whether, after the EU’s adoption of common rules on public documents, this could be the fate of the EU Member States’ power in regulating the extra-European circulation of foreign public documents as well.

#### **IV. The adoption of common rules on public documents, and the Member States’ power to regulate the circulation of public documents with third countries**

##### **1. The purpose and *raison d’être* of Article 19(4) of EU Regulation No. 2016/1191**

23. Article 19(4) of EU Regulation No. 2016/1191 expressly provides for the power of Member States to regulate regarding public documents coming from third countries. As affirmed by legal scholars, “[t]his provision, which only surfaced in the negotiations after the Court of Justice issued Opinion 1/13, may in fact be regarded as a sort of reaction to the principle stated therein”<sup>36</sup>.

24. Indeed, the *ratio legis* of the regulation clearly goes in this direction. Such a ratio is evident if one looks at the stages that led to the regulation’s adoption. The original proposal presented in 2013 made no mention of the relations between EU Member States and third countries. The provision

<sup>28</sup> Opinion 1/94, *Competence of the Community to conclude international agreements concerning services and the protection of intellectual property - Article 228 (6) of the EC Treaty* [1994] ECR I-5267.

<sup>29</sup> Case C-466/98, *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [2002] ECR I-9427; Case C-467/98, *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark* [2002] ECR I-9519; Case C-468/98, *Commission of the European Communities v Kingdom of Sweden* [2002] ECR I-9575; Case C-469/98, *Commission of the European Communities v République de Finlande* [2002] ECR I-9627; Case C-471/98, *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2002] ECR I-9681; Case C-472/98, *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg* [2002] ECR I-9741; Case C-475/98, *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2002] ECR I-9797; Case C-476/98, *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2002] ECR I-9855.

<sup>30</sup> I. GOVAERE, *supra* fn 7, p. 1278.

<sup>31</sup> *Ibid*, p. 1279.

<sup>32</sup> See, among others, H. RASMUSSEN, *European Court of Justice*, Copenhagen, Gad Jura, 1998; S. WEATHERILL and P. BEAUMONT, *EU Law*, London, Penguin, 1999, pp. 193-201.

<sup>33</sup> P. BEAUMONT, *supra* fn 7, p. 14.

<sup>34</sup> I. GOVAERE, *supra* fn 7, p. 1306.

<sup>35</sup> In this sense, see P. FRANZINA, *CJEU to Issue a New Opinion on the External Competence of the EU*, available at <http://conflictflaws.net/>.

<sup>36</sup> P. FRANZINA, *Preface*, in P. FRANZINA (Ed.), *The External Dimension of EU Private International Law after Opinion 1/13*, Cambridge, Intersentia Ltd, 2017, p. iv.

enshrined in Article 19(4) was introduced only after Opinion 1/13 was adopted. This is no accident; it must be seen as clear evidence that the EU legislature was well aware of the specific rule that it was introducing.

**25.** The provision reflects the wish of EU Member States to maintain their external competence in private international law issues and in matters closely connected to these issues. This also clearly emerged in the proceedings leading to CJEU Opinion 1/13, where only Italy supported recognising the EU's competence in this area, while France, Greece, and Poland argued that the EU had no external competence and Austria, Belgium, Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Finland, Germany, Ireland, Latvia, Lithuania, Portugal, Romania, Slovakia, Spain, Sweden and the United Kingdom argued that the EU did not have exclusive external competence. Member States' reluctance to abandon their power to initiate or maintain international relations with third countries has recently become evident with regard to another private international law matter. Specifically, such reluctance emerged from the statements made by Germany<sup>37</sup> and the United Kingdom<sup>38</sup> in relation to the EU Council decision which authorised Austria and Malta to become parties to the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters<sup>39</sup>. In the same way, it can be understood that each EU Member State acts separately from the others with regard to the accession of third countries to the Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters<sup>40</sup>, as seen in Member States' actions related to this Convention<sup>41</sup>. It is worth noting that neither Regulation (EC) No. 1393/2007 on service of documents<sup>42</sup> nor Regulation (EC) No. 1206/2001 on evidence in civil and commercial matters<sup>43</sup> provides for a specific rule on the retention of EU Member States' power in this area. Nevertheless, Member States still act separately in these fields, thus clearly showing their intention to continue pursuing their own policies in the field of private international law in their relations with third countries<sup>44</sup>.

## **2. The potential threat to common rules and the interplay between Article 19(4) of the Regulation (EU) No. 2016/1191 and the relevant provisions of the EU Treaties**

**26.** Notwithstanding the express provision enshrined in Article 19(4) of the TFEU, there remains a question of whether the conclusion of an agreement between one or more EU Member States with one or more third countries on the circulation of public documents could at times lead to an infringement of the TFEU's provisions on the EU's exclusive external competence. This question could arise, for instance, in cases where common rules are affected because of the CJEU's activist interpretation of Article 216(1) of the TFEU and Article 3(2) of the TFEU, as outlined in Section 3.

<sup>37</sup> See Document No. ST 6343/16 ADD 2, Draft Council Decision authorising the Republic of Austria to sign and ratify, and Malta to accede to, the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, in the interest of the European Union - Statement by Germany. The text of the statement is available at <http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications>.

<sup>38</sup> See Document No. ST 6343/16 ADD 1, Draft Council Decision authorising the Republic of Austria to sign and ratify, and Malta to accede to, the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, in the interest of the European Union - Statement by the United Kingdom. The text of the statement is available at <http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications>.

<sup>39</sup> The text of the convention is available at <https://www.hcch.net>.

<sup>40</sup> The text of the convention is available at <https://www.hcch.net>.

<sup>41</sup> The data regarding the acceptance of third countries accession to the 1970 Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters are available at <https://assets.hcch.net/docs>.

<sup>42</sup> Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000, *OJ L* 324 of 10 December 2007, p. 79 ff.

<sup>43</sup> Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, *OJ L* 174 of 27 de June 2001, p. 1 ff.

<sup>44</sup> On the political questions raised by the expansive development of EU's external relations in the area of private international law, see P. FRANZINA, *Preface*, *supra* fn 36, p. vi.

27. As the CJEU suggests, an assessment of whether common rules<sup>45</sup> are or could be undermined shall take into account “foreseeable future developments”. Thus, it could be easily argued that the extension of the scope of the regulation to documents coming from third countries might constitute a “foreseeable future development”. According to the CJEU, moreover, such an assessment of the potential threat to common rules also requires an analysis of the effect that the international agreement has on “the meaning, scope and effectiveness of the rules laid down” in the regulation<sup>46</sup>. On this point, it may be argued that the effectiveness of EU Regulation No. 2016/1191 could be threatened if, for instance, some EU Member States object to the accession of a third country to the 1961 Hague Convention, while other EU Member States do not raise any objections to such accession. For example, this issue may arise where a citizen of an EU Member State (State A) gets married in a third country and afterwards moves to other EU Member States (States B and C). If State A and State B do not object to the third country’s accession to the 1961 Hague Convention, when the citizen presents the marriage certificate issued from the third country to States A and B, legalisation is not needed. But when the citizen moves to a Member State (State C) which has objected to the third country’s accession to this Convention, legalisation will be needed. Thus, in such a case movement between EU Member States would require different formalities. Considering such a scenario, it could be argued that the effectiveness of common rules, namely those enshrined in EU Regulation No. 2016/1191, might be affected.

28. If these common rules are affected, there would then be a question concerning whether Article 19(4) of the regulation could be sufficiently invoked in order to recognise Member States’ ability to enter into or maintain international relations with third countries without infringing the relevant Treaty provisions. In other words, it is worth examining the relationship between Article 19(4) of the regulation and Articles 216(1) of the TFEU and Article 3(2) of the TFEU. In this perspective, two paths seem possible.

29. A first possible path looks at Article 216(1) of the TFEU and Article 3(2) of the TFEU as broadly interpreted by the CJEU. Since, according to the CJEU, the determination that common rules may be affected must also take into account any foreseeable future developments and the potential threat to the regulation’s effectiveness, there is some room for affirming that Article 19(4) of the regulation may be interpreted as preventing Member States from concluding or maintaining international agreements with third countries in cases where common rules are affected. In other words, the CJEU’s activist interpretation of the existence of EU external exclusive competence may potentially pave the way for the EU to seize EU Member States’ power in this legal domain.

30. A second possible path focuses instead on the purpose and *raison d’être* of Article 19(4), highlighted in Section IV.1, in addition to the aforementioned Treaty provisions. Such a solution undoubtedly appears to be the better choice, since it takes into account the very *ratio legis* of the Article. In consideration of this, there is an argument that the risk of common rules being affected by international conventions agreed upon between Member States has been provided for in the common rules themselves. Article 19(4), indeed, was created immediately after CJEU’s Opinion 1/13 was adopted.

---

<sup>45</sup> With regard to the existence of common rules, we have already seen in Section 3 that inexplicably the CJEU requires, rather than meticulous analysis and application of Article 216(1) TFEU, only an analysis of whether EU law has granted EU institutions internal power to legislate on a certain matter. Thus, since EU Institutions have used their internal competence to rule on the circulation of public documents, an affirmative answer could be a possible conclusion on the existence of EU external competence on the matter at hand. In this regard, it is worth recalling that, according to the CJEU, it is sufficient that the commitments in question are concerned with an area already covered to a large extent by EU rules; a full overlap between the area covered by the international commitments and those covered by the EU is not necessary. Therefore, the fact that the new EU Regulation will not provide common rules for public documents coming from third countries is not likely to serve as an argument against the existence of common rules in the fields covered by those conventions. This is because, according to the CJEU, it is not necessary for the territorial scope of the EU Regulation to coincide with that of the international agreement, and nor is it necessary that the EU be party to the international conventions at stake. Thus, a full match between the EU Regulation analysed here and an international convention is not required by the CJEU.

<sup>46</sup> See CJEU Opinion 1/13, *supra* fn 7, para 85.

**31.** In brief, Article 19(4) can be read as a clear provision, which constitutes an example of the possible coordination between EU Member States and the EU regarding the initiation of international agreements with third countries. A positive development in this respect has already been seen in Regulation (EC) No. 662/2009<sup>47</sup> and Regulation (EC) No. 664/2009<sup>48</sup>, both of which establish procedures for authorising EU Member States to amend existing treaties or conclude new treaties with third countries in specific matters<sup>49</sup>.

**32.** In sum, Member States should be allowed to maintain and enter into any international treaties on public documents with third countries, with the potential limitation of needing to abide by the principle of sincere cooperation established in Article 4(3) of the TEU. This could be satisfied by requiring that a Member State intending to enter into or maintain international agreements with third countries must communicate this intention to the other Member States, for instance. With regard to “pre-existing” treaties concluded by Member States with third countries before the Member States became parties to the EU, potential infringements of EU Treaties could also be avoided through cooperation between Member States. In this regard, Article 351(2) of the TFEU states that “Member States shall, where necessary, assist each other [to eliminate the incompatibilities] and shall, where appropriate, adopt a common attitude”. In order to resolve issues of this type, such assistance may be sufficient if each Member State that wants to conclude international agreements with third countries on the circulation of public documents makes a declaration to this effect to the other Member States so that a common stance can be reached.

## V. Final remarks

**33.** CJEU jurisprudence on EU exclusive external competence, whose most recent and most significant act went on stage on 14 October 2014 when the CJEU’s Opinion 1/13 was released, has long been criticised for paving the way for the EU to expropriate EU Member States’ power to set the international scene in the area of private international law as well.

**34.** When it comes to the international circulation of public documents, however, this should not be considered an issue.

**35.** Indeed, although there are some reasons to affirm that the EU Member States’ power to regulate the circulation of public documents with third countries could at times affect common rules, such arguments should not prevail over the wording and the ratio legis of Article 19(4) of EU Regulation No. 2016/1191. Such a provision could even be a positive example of express coordination between EU Member States and the EU in relation to the conclusion of international conventions with third countries. This example also could be followed in future European regulations in the realm of private international law.

---

<sup>47</sup> Regulation (EC) No 662/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreements between Member States and third countries on particular matters concerning the law applicable to contractual and non-contractual obligations, *OJ L* 200 of 31 de July 2009, p. 25 ff.

<sup>48</sup> Council Regulation (EC) No 664/2009 of 7 July 2009 establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreements between Member States and third countries concerning jurisdiction, recognition and enforcement of judgments and decisions in matrimonial matters, matters of parental responsibility and matters relating to maintenance obligations, and the law applicable to matters relating to maintenance obligations, *OJ L* 200 of 31 July 2009, p. 46 ff.

<sup>49</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “International Conventions and European instruments of Private International Law: interrelation and codification”, in P.A. DE MIGUEL ASENSIO, J.-S. BERGÉ, “International Conventions and European instruments of Private International Law: interrelation and codification”, in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT PERUZZETTO, *The place of International agreements and European Law in a European code of private international law*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2012, pp. 185-212, at p. 198.

VARIA



# CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA LABORAL INTERNACIONAL ENERO / JUNIO 2016

## CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE JANUARY / JUNE 2016

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Extremadura*

Recibido: 15.12.2016 / Aceptado: 22.12.2016

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3626>

**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 enero de 2016 al 30 de junio de 2016. En el ámbito del Tribunal de Justicia se reseña la sentencia *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. García-Nieto* relativa a la compatibilidad de la legislación comunitaria que facilita la movilidad de trabajadores con la normativa interna del país de destino que no concede prestaciones sociales de asistencia los primeros tres meses tras la formalización de la residencia para los trabajadores migrantes de otro estado miembro. En la sentencia *Estrella Rodríguez c. Consum SCV* se plantea si es posible aplicar un permiso parental para una situación fáctica de reducción de jornadas tras el disfrute de un permiso de maternidad. La reducción horaria se concedió sin problemas, pero no así la elección horaria en que se concretaba la reducción que había solicitado la trabajadora. Se pretendía aplicar directamente un permiso parental para esta situación de reducción para cuidado de un menor tras el disfrute de un permiso maternal. También se analiza, por último, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Tomás Aldeguer c. España* relativo a la denegación de una pensión de viudedad para un conviviente de hecho supérstite en una relación homosexual antecedente a la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio de acuerdo a la legislación española de 2005 que incorpora esta posibilidad al ordenamiento jurídico español.

**Palabras clave:** pensión de asistencia social y residencia, tiempo de espera de tres meses, permiso parental, concreción horaria de la reducción de jornada por atención de menores, pensión de viudedad, parejas de hecho del mismo sexo, aplicación analógica de soluciones jurisprudenciales.

**Abstract:** The most important judicial decisions on labor matters for the Spanish legal system of the International Court of Justice, the Committee on Freedom of Association, the Court of Justice of the European Union, and the European Court of Human Rights since 1 July are analyzed. 2016 as of December 31, 2016. In the context of the Court of Justice, the judgment in *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen v. Garcia-Nieto* on the compatibility of Community legislation facilitating the mobility of workers with the internal rules of the country of destination which does not grant social assistance benefits for the first three months after formalization of residence for migrant workers from another Member State. In the sentence *Estrella Rodríguez c. Consum SCV* raises the question whether it is possible to apply parental leave for a factual situation of reduction of working hours after maternity leave. The hourly reduction was granted without problems, but not the hourly choice in which was realized the reduction that the worker had requested. It was intended to apply directly a parental leave for this situation of reduction of the day from a maternal leave. Finally, the judgment of the European

Court of Human Rights Tomás Aldeguer v. Spain concerning the denial of a widow's pension for a de facto cohabiting survivor in a homosexual relationship antecedent to the possibility that persons of the same sex could contract marriage according to the Spanish legislation of 2005 that incorporates this possibility to the Spanish legal order.

**Keywords:** social assistance pension and residence, waiting time of three months, parental leave, maternal leave, hourly time reduction for child care, widow's pension, same-sex couples, analogical application of jurisprudential solutions.

**Sumario:** I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Introducción. 2. Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. García-Nieto. Restricción temporal para la concesión de prestaciones sociales a trabajadores migrantes de otro estado miembro. 3. Estrella Rodríguez c. Consum SCV. Diferencia entre el permiso maternal y el parental. Concreción horaria de la reducción de jornada. II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Introducción. 2. Tomás Aldeguer c. España. Pensión de viudedad y relación homosexual antecedente a la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio.

## I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

### 1. Introducción

La jurisprudencial analizada en esta crónica 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 todos los asuntos que afectan a España en el período referenciado.

### 2. STJUE de 25 de febrero de 2016 [asunto: C-299/14] *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. García-Nieto*.

**Petición de decisión prejudicial. Restricción temporal (los tres primeros meses tras al llegada a territorio de otro estado miembro) para el percibo de prestaciones de subsistencia (asistencia social) para ciudadanos migrantes que no desempeñen actividad retribuida ni sean demandantes de empleo.**

**Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953, y Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social.**

1. La intimación de la decisión prejudicial surge en el curso de un litigio social referido sobre la negativa administrativa a conceder prestaciones de subsistencia previstas en la normativa alemana interna a un ciudadano de otro estado miembro que migra a territorio alemán. La cuestión queda circunscrita a una limitación temporal para el percibo de dicha prestación, solamente relacionada con los primeros tres meses tras el comienzo de la residencia legal en Alemania.

La señora García-Nieto tenía una relación de pareja estable con el señor Peña sin haberla registrado o protocolizado, y tenían un hijo en común. En la unidad familiar de convivencia se integraba además un hijo menor del otro conviviente de hecho. Todos los convivientes tenían nacionalidad española y residían en España.

En abril 2012 la Sra. García-Nieto se desplazó a Alemania con el hijo común que tenía con su pareja de hecho para buscar un empleo. Se empleó en junio de 2012 y cotizó a la Seguridad Social percibiendo regularmente un salario. En junio de ese mismo año el conviviente de hecho de la señora García-Nieto se reunió con ella en Alemania. Inscribieron a los dos hijos en el sistema escolar y percibieron prestaciones sociales por sus hijos.

En julio de 2012 la familia Peña-García presentó una solicitud para percibir las prestaciones de subsistencia previstas en el Libro II del Código de Seguridad Social alemán. Administrativamente se rechazó conceder las prestaciones solicitadas al Sr. Peña Cuevas y a su hijo respecto de los meses de agosto y septiembre de 2012, pero sí se concedieron a partir de octubre de 2012. La restricción de la solicitud se concreta, en definitiva, para los tres primeros meses tras el comienzo de la estancia legal en el país de destino, no para el resto de su estancia en el mismo.

La resolución denegatoria se apoya en dos motivos esencialmente. En primer lugar, en que en el momento de la solicitud el Sr. Peña Cuevas y su hijo llevaban residiendo menos de tres meses en Alemania. Y, en segundo lugar, en que el Sr. Peña no ostentaba la condición de trabajador, ni por cuenta ajena, ni por cuenta propia.

Impugnada esta resolución el Tribunal de Seguridad Social interno estimó el recurso interpuesto por la familia Peña-García y rechazó los motivos expuestos en la resolución administrativa denegatoria.

Dicha resolución fue impugnada ante el Tribunal Regional de Seguridad Social, y dadas las dudas que aprecia el Tribunal sobre la compatibilidad de la normativa alemana en cuestión con el derecho Comunitario plantea la cuestión prejudicial.

**2.** La cuestión jurídica radica en apreciar si el principio de no discriminación recogido en el artículo 4 del Reglamento 883/2004 es aplicable también a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación de Seguridad Social Alemana, a las prestaciones de asistencia social no vinculadas con la previa contribución del beneficiario al sistema público de Seguridad Social.

También se cuestiona el Tribunal, para el supuesto de que la decisión a la primera cuestión fuese afirmativa, es decir, para el supuesto de que efectivamente el principio de no discriminación estuviera plenamente vigente para las prestaciones de naturaleza no contributiva debatidas en la instancia, si la negativa a conceder dichas prestaciones durante los tres primeros meses de residencia cuando los ciudadanos de la Unión no ostenten la condición de trabajadores por cuenta ajena o propia vulnera el derecho a la libre circulación de ciudadanos y trabajadores.

**3.** La resolución del Tribunal parte de la base de que las prestaciones ahora debatidas no tienen relación alguna con la facilitación del acceso al mercado de trabajo, sino que tienen la plena consideración de prestaciones de asistencia social. No son prestaciones para cuyo mantenimiento se exija ser demandante legal de empleo, seguir un programa personalizado de búsqueda de empleo, o recibir algún tipo de formación singular y específica de capacitación profesional. Del mismo modo se aprecia que la posibilidad de solicitar dichas prestaciones requiere una situación de estancia previa determinada. Por eso, precisamente, se excluye del percibo de dicha prestación a aquellas personas que no disfrutaran del derecho de residencia, pues una interpretación en otro sentido, ampliatoria a cualquier situación factual, iría en contra de un objetivo de la normativa Comunitaria, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

Es indubitado que el Sr. Peña goza del derecho a residir legalmente en territorio Alemán (incluso durante ese período de tres meses previos de espera para poder recibir con posterioridad la prestación asistencial) sin estar sometido a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos. Pero ello no le habilita, por esta sola razón, a disfrutar, sin la acreditación de más circunstancias o exigencia de más requisitos, de una prestación de asistencia social de naturaleza no contributiva durante ese período inicial.

En esta materia funciona el principio de solvencia financiera de los sistemas de Seguridad Social que se concreta en que los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. La proyección de este principio al caso concreto permite que se deniegue prestaciones sociales de naturaleza asistencial, durante los tres primeros meses de residencia, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o trabajadores por cuenta propia, pudiéndose exigir, para la concesión o conservación de dicha prestación tras el período de espera de tres meses, que se conserve dicha condición durante todo el periodo de tiempo de

duración la prestación asistencial. Dicho principio es perfectamente conforme con el objetivo de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social de los Estados miembros.

El problema jurídico radica en que, en realidad, esta limitación, y la potencialidad práctica de dicho principio, puede efectuarse y proyectarse en dos situaciones: cuando, en primer lugar, se disponga a adoptar una medida de expulsión, o bien cuando, en segundo lugar, se proponga declarar que dicha persona genera una carga excesiva para el sistema nacional de seguridad social a lo largo de su residencia.

Dicho examen, y la publicidad que se da de sus resultados genéricos en términos estadísticos y económicos, cumple además la función de permitir que todos los usuarios del sistema de Seguridad Social conozcan el funcionamiento y operatividad de la excepción, así como la de garantizar, a su vez, un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia en el marco de la concesión de prestaciones de asistencia social. Aunque se reconoce, no obstante, que la carga concreta que representaría la concesión de una prestación en el conjunto del sistema nacional de asistencia social de que se trata en el asunto principal no puede considerarse de excesiva, pues difícilmente tiene dicha consideración la concesión de la ayuda a un solo solicitante.

4. En definitiva, el Tribunal entiende que no se opone al Reglamento 883/2004 la normativa interna alemana que excluye de la percepción de determinadas prestaciones especiales en metálico no contributivas a los nacionales de otros Estados miembros durante los tres primeros meses de residencia en territorio alemán.

### 3. STJUE de 16 de junio de 2016 [asunto: C-351/14] *Estrella Rodríguez c. Consum SCV*.

**Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE**

**Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.**

**Permiso parental. Conciliación de la vida laboral y familiar. Reincorporación tras maternidad y reducción de jornada y adscripción al turno de mañana.**

1. El procedimiento proviene del planteamiento en la instancia jurisdiccional interna de una cuestión prejudicial comunitaria relativa a la compatibilidad de la Directiva referida con la negativa de la empresa (Consum SCV) a conceder a la trabajadora de una cooperativa de trabajo asociado (Estrella Rodríguez) la concreción horaria de su jornada laboral reducida que solicitaba para poder conciliar vida familiar y laboral y atender al menor recién nacido.

2. La trabajadora tenía unas obligaciones laborales que la exigían el ejercicio de su actividad profesional de “cajera/reposición” de siete horas laborales continuadas en dos turnos rotatorios semanales: de 8:00 a 15:00 y de 15:00 a 22:00, más el trabajo de dos domingos alternos al mes: de 8:30 a 15:00.

Tras dar a luz en agosto de 2013 y disfrutar de su permiso de maternidad sin especiales particularidades solicitó la reducción de su jornada laboral a 30 horas semanales y, su vez, su adscripción al turno fijo de mañana con un horario de 9.00 a 15.00, de lunes a viernes. Son dos peticiones diferentes las que intima, de naturaleza u operatividad del todo distinta, y apoyadas en diferentes normas del Estatuto de los Trabajadores.

La empresa accedió a la petición de reducción de jornada, pero denegó la concreción horaria solicitada, alegando que de aceptar su petición en los términos solicitados se provocaría un exceso de personal en el turno de mañana. Contra dicha decisión empresarial la trabajadora impetró la correspondiente acción jurisdiccional. El juzgado correspondiente suspendió el procedimiento y propuso que las partes llegasen a un acuerdo sobre la concreción de la jornada, tal y como prevé que se haga, de acuerdo a lo que al efecto prevea el convenio colectivo que sea de aplicación, el Estatuto de los Trabajadores

en su art. 38.4 ET. Conciliación procesal que fracasó. Porque aunque la trabajadora remitió una nueva solicitud, basada en su derecho a conciliar vida familiar y profesional invocando la necesidad de adaptar su jornada laboral a los horarios de la guardería de su hijo, la empresa no se pronunció sobre la petición de concreción horaria que hizo la trabajadora, aunque accedió a la reducción horaria solicitada. Aunque no tiene especial transcendencia ulterior, ni adjetiva ni sustantiva, la empresa no envió la solicitud que realizó en vía interna en la empresa la trabajadora al Comité Social, tal como exige para estos casos el Reglamento de Régimen Interno de la empresa, que es el órgano que tiene competencias para informar este tipo de peticiones y solicitudes.

3. El problema jurídico en cuestión queda circunscrito a las discrepancias existentes con respecto a la concreción de la jornada reducida, pero no hay litigiosidad con respecto al volumen de jornada que se pretende reducir, que la empresa acepta sin especiales consideraciones.

El problema con respecto a dicha concreción horaria consiste en determinar si estamos en presencia de un permiso parental de los regulados en el Acuerdo marco Revisado (Directiva 2010/18), o, por el contrario, el derecho que ejerce la trabajadora se considera un permiso maternal que queda abrigado por la Directiva 92/95. El problema no es baladí, ni especulativo, sino de orden práctico sustantivo, pues dependiendo del tipo de normativa en la que se incruste el permiso así será su operatividad práctica, y la obligatoriedad empresarial a soportar la elección de horario reducido efectuada por la trabajadora.

El juzgado plantea dos tipos de problemas encadenados entre sí, mediante cuatro cuestiones prejudiciales muy concretas. El primer problema se resume en concretar si al socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado le es aplicable el Acuerdo marco Revisado. La norma interna califica a dicha entidad como ‘*societaria*’, pero desde el punto de vista de la normativa comunitaria puede considerarse como una relación de trabajo de las disciplinadas mediante un ‘*contrato de trabajo*’. En definitiva, el Juzgado pregunta si entra dentro del campo subjetivo de aplicación del Acuerdo marco Revisado la relación jurídico productiva del socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado.

La segunda gran cuestión prejudicial que plantea, la realmente trascendente y la que se analiza en la sentencia con detalle y profundidad, consiste en determinar si la cláusula 6ª del Acuerdo marco Revisado debe interpretarse en el sentido de que haga obligatorio para el estado miembro que la norma de transposición al ordenamiento jurídico interno exija de los empresarios la obligación de “*tomar en consideración*” y “*atender*” las peticiones de sus trabajadores de “*cambios en horarios y regímenes de trabajo*”, al reincorporarse después del permiso parental. Es decir, si dicho Acuerdo marco Revisado exige que la normativa de transposición interna considere obligado la propuesta de reducción horaria articulada por la trabajadora.

Para la resolución de una solicitud de este tipo en vía interna en la empresa, la regla jurídica aplicable debe tener en consideración, además, naturalmente del interés de la trabajadora, las propias necesidades empresariales, así como salvaguardar los intereses y derechos de los demás trabajadores de la empresa, pero, a su vez, dicha práctica no puede ser tan laxa que condicione la efectividad de tal derecho a una decisión discrecional del empresario.

Recuérdese que dicha cláusula 6ª del Acuerdo marco Revisado, titulada significativamente “*Reincorporación al trabajo*” dispone que “*Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Las modalidades del presente apartado se determinarán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales*”.

El Tribunal advierte, y este punto es el esencial para conocer en toda su profundidad la solución que se le da al caso, que el Acuerdo marco Revisado, la cláusula sexta recién transcrita, se prevé para una situación de reincorporación “*del permiso parental*”, mientras que la situación factual que acontece en el pleito en el que se plantea la cuestión prejudicial que mediante esta sentencia se resuelve se relaciona con la reincorporación tras un permiso de maternidad. Es decir, de lo que se trata es de aclarar si el

permiso disfrutado por la trabajadora puede considerarse maternal o parental, porque dependiente del tipo de permiso que sea, de su naturaleza jurídica, se derivaran consecuencias diferentes, distintas, entre ellas, que dicha elección de la trabajadora sea vinculante para el empresario.

Para evitar una confusión irreparable en el futuro, el Tribunal de Justicia se dirige al Juzgado remitente de la cuestión para intimarle que aclare en qué medida la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas podía resultar de utilidad para la resolución del litigio principal.

El Tribunal español entendió que el permiso de maternidad disfrutado con arreglo al Estatuto de los Trabajadores puede configurarse jurídicamente como un permiso parental de los que se regulan el Acuerdo marco Revisado. Este es el caballo de batalla de la cuestión prejudicial, entender que el permiso de maternidad disfrutado por la trabajadora puede considerarse un permiso parental de los que regula el Acuerdo marco Revisado.

Sin embargo en el Derecho de la Unión existe una diferencia entre el concepto de '*permiso de maternidad*', en los términos en que se regula en la Directiva 92/85, y el de '*permiso parental*', que se regula en el Acuerdo marco revisado. Y este es el argumento central sobre el que pivota la argumentación del Tribunal para entender que la situación factual de la trabajadora no se encuadra entre los permisos parentales regulados en el Acuerdo marco Revisado, sino entre los permisos de maternidad de la Directiva 92/85.

El Tribunal repara que en el apartado 15 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo se precisa expresamente que éste enuncia requisitos mínimos y disposiciones sobre el permiso parental '*distinto del permiso de maternidad*'. El permiso parental se concede a los padres para que pretendan ocuparse de su hijo de hasta ocho años de edad. Mientras que el permiso de maternidad asegura, de un lado, la protección de la condición biológica de la mujer, y, de otro, las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período subsiguiente al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que derivan del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones.

Dicho permiso, desde la óptica de la Directiva 92/85 garantiza un período de descanso maternal de cómo mínimo catorce semanas ininterrumpidas. Repara también, por si había dudas sobre la naturaleza jurídica del permiso de maternidad que el hecho de que una normativa interna (como acontece, verbigracia, con la nuestra) conceda a las mujeres un permiso de maternidad de duración superior a catorce semanas de contenido mínimo no implica considerar que estamos en presencia de un permiso parental. En definitiva, que la organización del permiso de maternidad por encima del contenido mínimo exigido en la normativa comunitaria no permite considerar que ese exceso proteccionista sea considerado permiso parental.

El Tribunal de Justicia repara en que ya ha tenido la ocasión de pronunciarse expresamente sobre la naturaleza jurídica del permiso laboral retribuido por maternidad previsto en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, afirmando, con contundencia, que no estamos en presencia de un '*permiso parental*' en los términos del Acuerdo marco Revisado (STJUE de 19 de septiembre de 2013 [asunto C-5/12] *Betriu Montull*).

En definitiva, que las previsiones del Acuerdo marco Revisado en relación con las situaciones de reincorporación al trabajo tras un '*permiso parental*', no puede interpretarse en el sentido de que incluya a una situación de reincorporación tras un '*permiso de maternidad*' de los regulados por la Directiva 92/85. Situación que es en la que se encuentra la demandante en el litigio principal cuando el juzgado formuló la cuestión prejudicial aquí ahora abordada.

4. A pesar de este importante óbice sustantivo (cuestión ya resuelta) y procesal (óbice de admisibilidad) el Tribunal de Justicia entra a analizar la cuestión planteada. Esencialmente porque puede entenderse, dado el tiempo transcurrido desde la reincorporación de la mujer tras el disfrute del permiso de maternidad y lo largo que está siendo el procedimiento, que estamos ya sí sin duda alguna en presencia de un permiso parental. Es decir, que la solicitud de la trabajadora de acomodación de su horario no se basa actualmente en la proyección horaria en su jornada reducida de un permiso maternal por haber dado a luz y reincorporarse a su puesto de trabajo, sino en virtud de un permiso parental, de los que se reconocen en el Acuerdo marco Revisado para el cuidado de la prole.

Pero es en este punto donde el Tribunal de Justicia se muestra categórico al afirmar que dicha hipótesis no es realista, pues la demandante en el litigio principal no se encuentra en modo alguno en la situación de ‘reincorporación’ al trabajo tras dicho permiso.

Aunque este sólo hecho pudiera dar lugar, ya de por sí, a la inadmisión de la cuestión, esencialmente porque corresponde al juez nacional la concreción precisa de las circunstancias de hecho que dan lugar a la cuestión prejudicial comunitaria, no lo es menos que el Tribunal también puede examinar las circunstancias en las que un juez nacional ha planteado la cuestión, con el objeto de verificar su propia competencia. Porque una petición presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ser rechazada en tres circunstancias. Cuando, en primer lugar, resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión que se solicita no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal. Cuando, en segundo lugar, el problema jurídico objeto de debate sea de naturaleza hipotética o meramente especulativa. O cuanto, en tercer lugar, el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones formuladas.

Ya se ha afirmado, y el Tribunal lo reitera vehementemente, que la situación jurídica objeto de la presente cuestión prejudicial no se incluye en el ámbito de aplicación de la cláusula 6, apartado 1, del Acuerdo marco Revisado, por lo que no queda claro cuál es la influencia que la resolución de la cuestión prejudicial planteada podría tener para la resolución de la cuestión jurídica interna. Por este solo dato podría inadmitirse la cuestión prejudicial planteada.

Sin embargo, y a pesar de todo ello, el Tribunal de Justicia ha mantenido que puede declararse competente para analizar disposiciones del Derecho de la Unión aun en situaciones, como las que aquí acontecen, en las que la normativa no es directamente aplicable, siempre que concurre un interés manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones de la Unión se interpreten homogéneamente. En definitiva, que queda justificado que el Tribunal de Justicia interprete disposiciones del Derecho de la Unión para situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de una norma cuando, en virtud del Derecho nacional, estas disposiciones Europeas hayan pasado a ser directa e incondicionalmente aplicables a tales situaciones internas por obra de la normativa propia, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de esas situaciones y de las comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

5. Pero la mera afirmación por el Tribunal interno proponente de la cuestión de la aplicación para estas situaciones de la cláusula 6, apartado 1 del Acuerdo marco Revisado no es suficiente para entenderla aplicable, por lo que, aunque el Tribunal de Justicia sí entra a analizar la proyección de la referida cláusula para el supuesto de hecho, el problema fundamental sigue siendo si efectivamente la eficacia de la cláusula puede proyectarse hacia la situación factual origen de este conflicto jurídico.

Y el Tribunal de Justicia no deja lugar a dudas de cuál es su posición, al afirmar que la situación jurídica debatida en el pleito interno no es de las que da cobertura la cláusula del Acuerdo marco Revisado, por lo que es inadmisibile la cuestión planteada en relación con las obligaciones de los estados a modificar la normativa interna para adaptarla a sus exigencias.

También entiende inadmisibile la pretensión de que se declare que dicho Acuerdo marco Revisado goza de eficacia directa horizontal, esencialmente porque es evidente que la cláusula 6, apartado 1, del Acuerdo marco revisado no se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, y ello impide, de suyo, proyectar dicha eficacia directa horizontal, pues la demandante en el litigio principal no se encuentra en una situación incluida en el ámbito de aplicación de esta disposición.

Por último afirma que la resolución de las otras dos primeras cuestiones prejudiciales, aquellas relacionadas con la consideración de trabajador a efectos de la aplicación para ellos del Acuerdo marco Revisado para los socios de cooperativas de trabajo asociado, carece de sentido y utilidad práctica, pues a no ser aplicable el Acuerdo marco Revisado para la situación factual en la que se encuentra la trabajadora demandante, no se aprecia en qué medida la respuesta a esas dos primeras cuestiones prejudiciales puede tener alguna influencia en la resolución del litigio principal.

En definitiva, y, en conclusión, se declaran inadmisibles las cuatro cuestiones prejudiciales planteadas.

## II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### 1. Introducción

La búsqueda de jurisprudencia del TEDH en los casos que afecten a España ha sido extraída del elenco de resoluciones traducidas por el Ministerio de Justicia.

### **2. Sentencia de 14 de junio de 2016. Asunto Tomás Aldeguer c. España (demanda núm.: 35214/09). Pensión de viudedad y relación homosexual antecedente a la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio.**

1. El demandante mantuvo con otro hombre una relación homosexual de convivencia estable y duradera desde 1990 hasta 2002, fecha en la que falleció su pareja. En 2003 solicitó a la Seguridad Social el reconocimiento de una pensión de viudedad, que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en atención a que no había contraído matrimonio con el causante. Se le denegaba la condición de cónyuge superviviente del finado, requisito imprescindible para lucrar una pensión de viudedad en el ordenamiento jurídico español.

La resolución administrativa se le comunica formalmente en junio de 2005, días antes de la entrada en vigor de la norma [Ley 13/2005, de 1 de julio] que *ex novo* posibilita, por primer vez en el ordenamiento jurídico español, el matrimonio entre personas del mismo sexo. En julio de 2005 se interpuso por el ahora demandante una reclamación previa contra la resolución denegatoria de la prestación. El INSS denegó dicha reclamación en agosto de 2005, señalando que no existía en el momento del hecho causante ningún precepto en la normativa de Seguridad Social que considerase viudo al conviviente de hecho de una pareja de ciudadanos del mismo sexo.

Interpuesta la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social competente según reparto, mediante sentencia de 14 de noviembre de 2005 consideró los argumentos del demandante y falló a su favor. Entendía que al conviviente de hecho de una pareja del mismo sexo podía aplicársele la solución jurídica que se aplicó en 1981 a los convivientes de una pareja heterosexual que no podían haber podido contraer matrimonio por impedírsele algún circunstancia personal.

El Juzgado parte de la base de que tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005 los cónyuges de matrimonios homosexuales tienen pleno derecho a devengar una pensión de viudedad, en pie de igualdad con los cónyuges supervivientes de matrimonios heterosexuales, y de que el propósito de la norma es que, tras su entrada en vigor, cualquier norma del ordenamiento jurídico que se refiera a matrimonio debe incluir también, y sin ningún tipo de discriminación, al contraído entre personas del mismo sexo.

Desde un punto de vista más técnico acude a lo dispuesto en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. En dicha norma se reconocía el derecho a obtener una pensión de viudedad a quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, como una pareja de hecho con convivencia estable, y que uno de ellos hubiera fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley 30/1981.

El juzgador entiende que la situación que debe juzgar ahora en 2005 es comparable con la prevista normativamente para 1981. Así, subraya que el actor no pudo contraer matrimonio con su pareja por impedirlo la legislación vigente, que el actor convivió maritalmente con su pareja hasta su fallecimiento, y que éste se produjo antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005. Es decir, entiende que se dan las tres circunstancias, las tres condiciones, que imponía la normativa de 1981 para conceder pensión de viudedad a convivientes de hecho heterosexuales.

Porque tratar de forma diferente a ambos grupos de personas (pareja heterosexual *versus* pareja homosexual) no responde a la amplia voluntad igualitarista demostrada por el legislador al aprobar la Ley 13/2005 y que, por tanto, la disposición adicional décima, en su regla segunda, de la Ley 30/1981 era perfectamente aplicable al demandante por aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005.



Su argumentación parte de las siguientes premisas: “*la DA 1ª de la ley 13/2005 indica que las disposiciones que contengan referencias al matrimonio se aplicarán con independencia del sexo de sus integrantes...*” y una de las premisas “*actualmente vigente para la regulación del acceso a la prestación de viudedad, es la DA 10ª.2º de la ley 30/81...*” la “*única manera de aplicarla en adecuada correspondencia con la voluntad igualitarista del legislador, es hacerlo con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja de hecho...*”, por lo que para “*conseguir que la orientación sexual no constituya un elemento de discriminación al momento de aplicar la DA 10ª.2 de la ley 30/81, el derecho que allí se reconoce hoy debe traducirse para resolver supuestos de hecho como el enjuiciado en el que el obstáculo para acceder a la prestación de viudedad no es otro que dicha orientación sexual*” del demandante.

2. Interpuesto el correspondiente recurso de suplicación el Tribunal Superior de Justicia revocó la sentencia de primera instancia. Entiende, básicamente, que la intención del legislador no era que la Ley 13/2005 amparase las uniones homosexuales que finalizasen a causa del fallecimiento de uno de sus miembros antes su entrada en vigor, sino, más sencillamente, instaurar, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio. Subraya, además, que la norma no contenía disposiciones legales que permitieran retrotraer sus disposiciones a situaciones antecedentes a su entrada en vigor.

De manera particularmente detallista precisa que la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 no podía considerarse inconstitucional, esencialmente por dos razones. En primer lugar, porque la heterosexualidad a efectos del matrimonio era una circunstancia plenamente constitucional, y, en segundo lugar, porque lo que el legislador había querido era, esencialmente, innovar el ordenamiento jurídico, aprobando una ley que dé respuesta a una realidad social, otorgando a los homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio en idénticas condiciones que a los heterosexuales. Precisa, además, que la norma no ha querido proteger las consecuencias jurídicas que se derivarían de uniones homosexuales extinguidas antes de la promulgación de la misma.

La Ley 13/2005 no contempla, en definitiva, previsión alguna que afecte a situaciones entre parejas homosexuales ya extinguidas en el momento de su entrada en vigor. De manera singular se detiene en analizar si la situación creada por la norma puede parangonarse con lo que aconteció con la entrada en vigor de la ley del divorcio de 1981. Entiende, en contra del parecer del Juez de lo Social de instancia, que la disposición de la Ley 30/1981 no era aplicable al caso. Porque, de un lado, era una regla jurídica provisional en sí misma, de naturaleza transitoria, y, de otro, porque estaba específicamente prevista para aquellos casos singulares en los que uno de los miembros había fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981<sup>1</sup>. Pero en ningún caso estaba pensada para regular situaciones futuras, sólo contenía previsiones jurídicas hacia el pasado.

Por otro lado reconoce que la situación factual que regula la norma de 1981 es totalmente distinta a la sometida actualmente a su jurisdicción. Dicha norma pretendía garantizar una pensión de viudedad a aquellos heterosexuales a quienes se les hubiera impedido casarse porque el divorcio no era legal en el momento del fallecimiento de esta última. Pero en su condición de heterosexuales tenían pleno acceso al matrimonio, circunstancia que no concurre con las parejas homosexuales, que tenían prohibido contraer matrimonio hasta la Ley 13/2005.

La resolución fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, pero el recurso se declaró inadmisibile por falta de materia casacional, al no aportar sentencia de contraste que permitiese la labor unificadora característica del Tribunal Supremo.

---

<sup>1</sup> Recuérdese que dicha Disposición establecía expresamente: “*Segunda. Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente*”.

Tercera. “*El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quién sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio...*”.

También se impetró un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero el Tribunal inadmitió el recurso al entender que el demandante no había justificado convenientemente la especial trascendencia constitucional del asunto.

3. El Tribunal Europeo comienza recordando que en vía interna el ATC 222/1994, de 11 de julio ya inadmitió un recurso de amparo solicitando que se reconociesen los efectos equivalentes al matrimonio por la convivencia *more uxorio* de dos homosexuales, a efectos de la pensión de viudedad. Preciso dicho Auto que “*al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1 de la Constitución)*”. Precisa, además, que no es inconstitucional que el legislador establezca un trato diferencial y más favorable al matrimonio entre personas de distinto sexo que a las uniones estables, sea o no del mismo sexo.

Después de repasar varios pronunciamientos del TC resume su parecer entendiendo que la elección del legislador de 2005 instituyendo el matrimonio entre personas del mismo sexo y concediéndoles, por tanto, eficacia civil en todos los ámbitos de la vida social no era una consecuencia obligada por la Constitución, como tampoco lo fue la concesión más tarde, por obra de la Ley 20/2007, de pensiones de viudedad a parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual.

A ojos del TC la exclusión de las parejas homosexuales del esquema de seguridad social con respecto a la pensión de viudedad no incumplía mandato constitucional alguno. Entra dentro de lleno en la potestad legislativa la ampliación de dicho derecho a la pensión a sujetos no incluidos en los beneficiarios tradicionales. Se trata de una elección del legislador, y la situación existente con anterioridad no podía, por sí misma, considerarse incompatible con el principio de igualdad.

El Tribunal Supremo también ha abordado, en su sentencia de 29 de abril de 2009, la problemática del devengo de una pensión de viudedad para parejas homosexuales en las que uno de sus miembros falleció antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005. Entendió, esencialmente, que la ley no concedía eficacia retroactiva alguna a situaciones factuales anteriores a la entrada en vigor de la norma. Y tampoco puede aplicarse una solución analógica con lo previsto en la disposición adicional 10 segunda de la Ley 30/1981, pues aquella norma solamente se refería a parejas de hecho heterosexuales que no pudieron contraer matrimonio porque la institución del divorcio no existía en nuestro ordenamiento hasta 1981. Aprecia, en definitiva, que la situación de las parejas homosexuales antes de 2005 era totalmente diferente, porque el matrimonio homosexual nunca se reguló con anterioridad y no existe un derecho constitucional al matrimonio homosexual. De lo que se trata no es que la Ley 13/2005 se promulgara para evitar o eliminar algún tipo de discriminación inconstitucional preexistente, sino, más sencillamente, para innovar el ordenamiento jurídico, regulando un nuevo tipo de matrimonio que carecía de precedente legislativo en nuestro ordenamiento jurídico.

El posicionamiento del TS no fue unánime, cinco magistrados formularon un voto particular discrepante al entender que la referida disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 debería aplicarse por analogía a las parejas homosexuales a quienes se les impidió casarse antes de 2005.

4. El TEDH repasa las recomendaciones del Consejo de Europa núm. 924 [1981] sobre discriminación contra los homosexuales; núm. 1470 (2000) sobre una situación más concreta en relación con gays y lesbianas y sus parejas respecto al asilo y la inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa; núm. 1474 (2000) sobre la situación de gays y lesbianas en Estados miembros del Consejo de Europa, y la Resolución núm. 1728 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de abril de 2010, titulada “*Sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género*”.

De todas ellas se deducen varios principios tendenciales en la materia. En primer lugar, que la normativa internacional en la materia propugna una igualdad de derechos y obligaciones en relación con las parejas heterosexuales. En segundo lugar, que dicha normativa internacional vela por la adopción de medidas legislativas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, con el propósito de garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Y, en tercer lugar, que se propugna una concienciación de los Estados

miembros para contemplar la posibilidad de proporcionar a las parejas del mismo sexo medios legales, o de otro tipo, con los que abordar los problemas prácticos relacionados con la realidad social en la que viven sin discriminación alguna.

5. También resume la ‘jurisprudencia’ del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, esencialmente dos casos. El asunto *Young v. Australia*, Comunicación núm. 941/2000 de 6 de agosto de 2003, y asunto *X. v. Colombia*, comunicación núm. 1361/2005 del 30 de marzo de 2007. En ambos se subrayan de manera vehemente dos principios operativos en esta materia: la prohibición general de la discriminación basada en la orientación sexual de las personas, y la no obligación (por parte de los Estados) de conceder prestaciones patrimoniales para las parejas del mismo sexo análogas a las concedidas para personas casadas o emparejadas de diferente sexo, esencialmente porque dicha protección singular para las uniones heterosexuales se hace jurídicamente sin perjudicar a otro tipo de uniones personales. En definitiva, se entiende, en principio, razonable y acorde a los textos de Naciones Unidas la negativa del estado a denegar una pensión pecuniaria a parejas del mismo sexo si sus normas internas únicamente conceden este tipo de prestaciones para uniones maritales de hecho heterosexuales.

Pero el tribunal recuerda, no obstante lo afirmado, que la discriminación basada (directamente o indirectamente) en la orientación sexual se considera proscrita, y que el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban.

Aprecia, no obstante, que mientras para las parejas heterosexuales la opción para contraer matrimonio o no contraerlo forma parte de su ámbito de elección íntimo y personal, las parejas del mismo sexo tienen vedado el acceso al matrimonio. Y en este contexto cualquier discriminación para el acceso a prestaciones pecuniarias entre parejas no casadas debe tener alguna fuente de justificación no basada en argumentos relacionados con la discriminación basada en el sexo.

6. El Tribunal también repasa la protección que dispensa el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, trayendo a colación dos asuntos: el culminado por sentencia de 24 de febrero de 2012 (Serie C, núm. 239), asunto *Atala Riffo e hijas v. Chile*, y el terminado por sentencia de 26 de febrero de 2016 (Serie C, núm. 310), asunto *Duque v. Colombia*.

En el primero de ellos (*Atala Riffo e hijas v. Chile*) el tribunal entiende que decisión de los tribunales chilenos de retirar la custodia de sus tres hijas a una madre lesbiana constituye un trato discriminatorio sustentado únicamente en base a su orientación sexual, vulnerando varios derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El problema en este caso radicaba en la interpretación que debe dársele al concepto jurídico de familia “normal y tradicional” en el que se apoyaba el estado chileno para retirarle la custodia. El Tribunal entiende que la Convención Americana no tutela o protege un “concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma”, esencialmente porque el “concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.

El segundo asunto (*Duque v. Colombia*) versaba sobre la denegación de una pensión de viudedad en base a su orientación sexual. El Tribunal consideró que la exclusión de las parejas homosexuales del derecho a una pensión de viudedad con arreglo a la legislación colombiana aplicable en el momento de los hechos fue discriminatoria por motivos de orientación sexual. Entiende, en esencia, que la distinción que se efectuaba para el percibo de la pensión entre situaciones estándar o más usuales (parejas de distinto sexo) y otras menos comunes (parejas del mismo sexo) no era ni objetiva ni razonable, porque la legítima tutela familiar que está en la base de la protección social no puede restringir los derechos de los ciudadanos.

7. La cuestión jurídica de fondo debatida se circunscribe, en definitiva, a analizar si existe una discriminación motivada por la orientación sexual del demandante en las decisiones administrativa y judicial de denegarle una pensión de viudedad como conviviente de hecho del finado.

Entiende el demandante que el diferente trato que se dispensa a su situación en relación a la que acontece para convivientes de hecho de diferente sexo vulnera el principio básico de no discriminación.

Precisa, más concretamente, que el ordenamiento español ya conoció asuntos jurídicos en los que se concedía una pensión de viudedad a parejas solteras heterosexuales que no podían contraer matrimonio. Y esta es la solución que reclama para sí. Pretende, por decirlo gráficamente, la aplicación, mediante una argumentación similar a la analógica, de la solución concebida en 1981 con la promulgación de la ley del divorcio para su situación actual: conceder pensión de viudedad a convivientes de hecho que tenían vedado el acceso a la pensión de viudedad por impedirles la legislación interna contraer matrimonio, requisito necesario para devengar la referida pensión. El problema se ciñe, en definitiva, a comparar ambas situaciones jurídicas y deducir si la solución ideada por el ordenamiento en 1981 (para convivientes heterosexuales) puede ser aplicable en 2005 (para convivientes del mismo sexo).

8. Después de resumir los argumentos de las partes y analizar (con prolijo detalle) la admisibilidad de la demanda, el Tribunal confirma que el Convenio no garantiza el derecho a beneficiarse de un régimen concreto de seguridad social, ni el derecho a la concesión de una determinada pensión de viudedad, porque en estos asuntos los Estados cuentan con un amplio margen de organización y desarrollo, al tratarse de medidas de contenido económico estrechamente vinculadas con los recursos financieros del propio Estado.

9. Como pórtico de su argumentación el Tribunal pone mucho interés en subrayar, sin ambages, que las circunstancias de hecho concurrentes (unión homosexual estable) entra de lleno en el concepto de “*vida familiar*” desde la perspectiva del Convenio. Es decir, que a efectos del convenio y la interpretación del concepto jurídico de “*vida familiar*” la condición y orientación sexual de los miembros de la familia, de sus componentes, no deben tenerse en consideración. Ya sólo por esta sola afirmación la sentencia debe ser reseñada y tenida en consideración.

Pero el Tribunal, una vez afirmada esta premisa del razonamiento con rotundidad, no entiende que las situaciones que se comparan sean esencialmente idénticas, y, por tanto, no puede proyectarse sobre ellas el principio general de no discriminación. Porque para que se suscite una controversia en base al principio de no discriminación debe existir una diferencia de trato para situaciones esencialmente análogas, porque la diferencia de trato sólo es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable.

Precisa, a modo de advertencia para el lector y los intérpretes de la sentencia, que las diferencias de trato que los estados dispensan a sus ciudadanos basadas en su orientación sexual deben revestirse de “*razones particularmente convincentes y onerosas*” para justificarlas, porque aquellas diferencias que se argumentan únicamente en la orientación sexual son inaceptables con arreglo al Convenio. Constituye una advertencia al intérprete de cara al futuro, de cara a nuevas resoluciones que tengan que valorar y tener en consideración discriminaciones basadas en la orientación sexual, dato más que interesante para elaborar un cuerpo doctrinal propio en la materia.

Existe, en definitiva, materia para analizar si se ha producido una discriminación proscrita por el Convenio, pero para llegar a una solución afirmativa los términos en comparación tienen que guardar una similitud significativa entre sí, y es en este punto donde el Tribunal entiende que los supuestos de hecho comparados no son equiparables.

Es cierto que la finalidad de la Ley 13/2005 era suprimir la distinción existente entre las parejas homosexuales y heterosexuales en relación con el derecho a contraer matrimonio. Pero dicho propósito legislativo no tenía, en ningún caso, efectos retroactivos, y es este el punto que diferencia claramente ambas situaciones. Si el legislador hubiera querido que la norma tuviese efectos retroactivos, lo hubiera indicado expresamente, como por otra parte sí lo hizo la norma de 1981 que instituyó la figura del divorcio en el ordenamiento jurídico español.

Lo pretendido por el demandante era que el Tribunal aplicase retroactivamente la normativa promulgada en 2005 que permitía que personas del mismo sexo pudieran casarse, y entienden, particularmente, que al no aplicar retroactivamente la norma de 2005 a situaciones antecedes provocaba un trato discriminatorio, en relación con la solución observada en 1981, basado única y exclusivamente en la orientación sexual de los sujetos afectados.

10. El Tribunal, sin embargo, hace suyas las argumentaciones del Gobierno y aprecia que no hay similitud entre las situaciones comparadas. Porque antes de la entrada en vigor de la norma de 2005

las parejas homosexuales no podían casarse en absoluto, pero antes de la entrada en vigor de la ley del divorcio de 1981 las parejas heterosexuales sí podían contraer matrimonio, “*pero no podían ejercer ese derecho ya que el divorcio era ilegal*”. Es cierto que las situaciones, como reconoce expresamente el Tribunal, guardan “*ciertas similitudes*” en abstracto. En las dos situaciones existe un obstáculo legal, en uno la ilegalidad del divorcio, en otro la imposibilidad de que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio. Y en las demás circunstancias factuales las situaciones son idénticas: hay convivencia estable en pareja, y se les impide beneficiarse de los efectos legales inherentes a la condición matrimonial.

Pero el Tribunal considera que estos elementos aislados no son suficientes para situar al demandante en 2005 en una posición idéntica a la de un miembro superviviente de una pareja heterosexual a quien la legislación le impedía casarse porque el divorcio hasta ese momento era ilegal. La clave el arco es el diferente tratamiento legislativo que se le otorga a las situaciones antecedentes a la entrada en vigor de la norma mediante las disposiciones adicionales de ambas normas. Así, la de la ley del divorcio en 1981 sí previó conceder una solución provisional y extraordinaria a aquellas parejas a las que se les impidió contraer matrimonio, permitiéndose el acceso a la pensión de viudedad a convivientes supérstites en determinadas condiciones, en el contexto de una situación “*en la que la obtención del derecho a una pensión por trabajo remunerado no estaba distribuida equitativamente entre ambos sexos, ya que las mujeres estaban laboralmente infrarepresentadas*”.

Además el impedimento legal para contraer matrimonio era de diferente naturaleza y funcionaba con una operatividad práctica del todo distinta. En el caso del demandante, la imposibilidad para contraer matrimonio con su pareja era debido a la que la legislación en vigor en el momento pertinente no permitía el matrimonio homosexual. Dicha imposibilidad no era considerada inconstitucional por parte de los tribunales internos.

Por lo que respecta a las parejas heterosexuales que no podían casarse antes de la legalización del divorcio en 1981, el impedimento se basaba en el hecho de que uno o ambos miembros estaban casados con otra persona de la que no podían divorciarse. La imposibilidad para contraer matrimonio se debía únicamente al hecho de que el divorcio era ilegal. El impedimento no era que no pudiera casarse entre sí los miembros de la pareja de hecho, sino de que no podía divorciarse. En realidad lo que se impedía es que uno de los miembros volviera a casarse. Aunque el Tribunal no explota el argumento de la religiosidad del único tipo de matrimonio legal en aquel momento y su contradicción con un texto constitucional que reclama, al menos formalmente, la no injerencia del Estado en los asuntos religiosos, bien hubiera podido transitarse por ahí, en el entendido sentido de que otra dificultad para contraer matrimonio entre personas de distinto sexo hubiera podido ser que el único modo (religioso) posible hasta ese momento era contrario a su parecer personal.

**11.** El Tribunal entiende, en definitiva, que la situación fáctica y legal resuelta por la legislación de 1981 no puede parangonarse con la posición de una pareja homosexual que no podía contraer matrimonio. Es la naturaleza jurídica de la imposibilidad legal de casarse lo que hace diferentes ambas situaciones, en un caso, en 1981, la imposibilidad de divorciarse, en el caso ahora debatido, la imposibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio.

Entiende el Tribunal que el hecho de que la legislación interna conceda pensión de viudedad a parejas homosexuales en 2005 al permitirles contraer matrimonio y a heterosexuales en determinadas condiciones en 2007 no influye en la solución que debe dársele a este caso. En ningún caso la aprobación de las normas que permiten (indirectamente) estas pensiones puede considerarse como el reconocimiento (implícito) de que la falta de reconocimiento del matrimonio homosexual era, en el momento pertinente, incompatible con la normativa europea. Porque, como reiteradamente ha afirmado en otros asuntos antecedentes, los Estados disfrutaban de un amplio margen de discrecionalidad respecto al momento de introducir cambios legislativos en el ámbito del reconocimiento jurídico de parejas del mismo sexo.

En definitiva, y en conclusión, el legislador no puede ser censurado, con arreglo a los términos de la normativa europea, por no haber aprobado antes la legislación que hubiera permitido al demandante obtener el derecho a una pensión de viudedad. Se entiende, por tanto, que el demandante no se encuentra en una situación análoga a aquella del miembro superviviente de una pareja heterosexual que no podía volver casarse por impedírsele la normativa vigente.

UN CONVENIO INTERNACIONAL PERDIDO Y HALLADO EN  
LAS ISLAS BALEARES: REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL  
DE OFICIO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL  
Y LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
ESPAÑOL

A INTERNATIONAL CONVENTION LOST AND FOUND IN THE  
BALEARIC ISLANDS: REFLECTIONS ON THE EXAMINATION  
AS TO INTERNATIONAL JURISDICTION AND THE SOURCES  
OF SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho internacional privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

*Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*

*Universidad de Murcia*

Recibido: 21.12.2016 / Aceptado: 11.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3627>

**Resumen:** El presente trabajo examina la importancia de la correcta selección, por jueces y litigantes, de las fuentes normativas que regulan la competencia internacional de los tribunales españoles. En dicho contexto, se estudia también el principio constitucional con arreglo al cual los tribunales españoles sólo pueden decidir sobre el fondo de un litigio internacional si disponen de competencia internacional al efecto, con independencia de la actitud de las partes.

**Palabras clave:** competencia internacional, jurisdicción, fuentes del Derecho, control de la competencia internacional, declinatoria internacional.

**Abstract:** The present article examines the importance of the correct selection, by judges and parties, of the sources of law that govern the international jurisdiction of the Spanish courts. In that scenario, it also examines the constitutional principle under which Spanish courts can only decide on the merits of international disputes if international jurisdiction is asserted, irrespective of parties' behaviour.

**Keywords:** international jurisdiction, sources of law, examination as to international jurisdiction, contesting the jurisdiction.

**Sumario:** I. El caso litigioso y las resoluciones judiciales. II. Las motivaciones de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares para declarar la falta de competencia de los tribunales españoles. 1. Vigencia y aplicación preferente del Convenio hispano-griego de 1919 sobre el art. 22 LOPJ. 2. Competencia judicial internacional y litigios sucesorios en el Convenio hispano-griego de 1919. A) Foros de competencia judicial internacional recogidos en el Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919. a)

Aspectos generales. b) Competencia judicial internacional y sucesión mortis causa en relación con los bienes muebles: foro de la última nacionalidad del causante. c) Competencia judicial internacional y sucesión mortis causa en relación con los bienes inmuebles: foro del lugar de situación de los bienes inmuebles. B) Declaración de incompetencia de los tribunales españoles. a) Principio general: no hay proceso sin competencia internacional. b) La declinatoria internacional. c) La abstención de oficio por falta de competencia internacional. III. Reflexiones finales.

## I. El caso litigioso y las resoluciones judiciales

1. La SAP Islas Baleares 4 mayo 2016 [sucesión de nacional griego] es una resolución judicial verdaderamente peculiar<sup>1</sup>. Peculiar por su objeto, peculiar por la solución que alcanza y peculiar por las reflexiones a las que invita al lector, sobre todo si es curioso. Expuesto de manera sumaria, el caso fue el siguiente. Un sujeto, titular de un ingente patrimonio y con diversas residencias en Italia, España, Rumanía y Grecia, fallece en este último país. El causante había nacido en Rumanía y ostentaba la nacionalidad rumana de origen. Adquirió en 1978 la nacionalidad española y en 2000 la nacionalidad griega. Un presunto hijo no matrimonial de dicho causante interpuso, ante jueces de Palma de Mallorca, una demanda contra la viuda del causante y contra los hijos de ambos, todos ellos menores de edad. Ejercitó una acción de declaración de nulidad de la institución de herederos testamentarios, y subsidiariamente, una acción de reclamación de legítima respecto del testamento otorgado por el causante. El causante, en efecto, había otorgado testamento ológrafo en la ciudad de Milán, testamento que fue protocolizado en Grecia, en el que había preterido a su presunto hijo no matrimonial. Éste no fue nombrado a ningún efecto en tal testamento. El causante siempre negó su paternidad en relación al mismo. En virtud de dicho testamento ológrafo, el causante atribuyó a sus hijos matrimoniales y a la esposa que lo fuera del causante, partes equivalentes de su herencia. El presunto hijo no matrimonial del causante, que ostentaba la nacionalidad alemana, había obtenido de tribunal alemán una sentencia firme en la que se acreditaba su condición de “hijo del causante”. La sentencia alemana se dictó con la oposición del causante, fue apelada y finalmente confirmada por los tribunales alemanes. Esta sentencia alemana fue reconocida en Grecia y ello comportó la modificación del Registro Civil griego. Dicha sentencia nunca fue reconocida en España.

2. La primera línea de defensa de la parte demandada fue la impugnación de la competencia internacional de los jueces españoles mediante la oportuna “declinatoria internacional”. Ésta se interpuso en tiempo y forma. En virtud de Auto dictado por un Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca en 2009 se estimó esta declinatoria. El Juzgado consideró que el domicilio del causante se hallaba en Atenas (Grecia) y que por tanto, los tribunales españoles carecían de competencia internacional para juzgar el caso en virtud del art. 22 LOPJ en su versión entonces vigente, anterior a la actual<sup>2</sup>. Debe observarse que el Juzgado decidió sobre la declinatoria mediante la aplicación del art. 22.3 LOPJ y que estimó que los foros recogidos en dicho precepto no otorgaban competencia judicial internacional a los tribunales españoles, que debían, por consiguiente, declararse internacionalmente incompetentes.

3. El contraataque de la parte demandante se materializó en el inevitable recurso de apelación contra el auto que estimaba la declinatoria de competencia internacional. La Sala acordó estimar el recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca. La Sala consideró, en efecto, que los tribunales españoles disponían de competencia internacional. A criterio de la Sala, el último domicilio del causante estuvo en Palma de Mallorca. En consecuencia, y

<sup>1</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 4 mayo 2016, ECLI:ES:APIB:2016:734 / Id Cendoj: 07040370032016100126. El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=7718740&links=hispano%20griego&optimize=20160624&publicinteface=true>. Vid. un excelente comentario sobre esta sentencia a cargo de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la sentencia AP Islas Baleares 4 mayo 2016”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2016, pp. 1171-1172.

<sup>2</sup> La Ley Orgánica del Poder Judicial fue publicada en el BOE núm.157 de 2 de julio de 1985, con corrección de errores en BOE núm.264 de 4 noviembre de 1985 y ha sido reformada y modificada en innumerables ocasiones. La redacción hoy vigente obedece a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174 de 22 de julio 2015).

con arreglo al art. 22.3 LOPJ en su versión entonces vigente, la Sala sostuvo que los tribunales españoles eran competentes para conocer del litigio planteado ante los jueces de Palma de Mallorca en torno a la sucesión del causante. Por ello, la Sala revocó el auto referido, desestimó la declinatoria por falta de competencia internacional interpuesta por la parte demandada y acordó, ya en el año 2010, la continuación del procedimiento en el Juzgado de Primera Instancia competente de Palma de Mallorca.

4. El Juzgado de primera instancia entró, pues, obligado por la decisión de la Sala sobre la apelación de la declinatoria internacional, en el fondo del asunto y dictó sentencia el 10 abril 2015. En dicha sentencia el Juzgado estimó parcialmente la demanda formulada por el actor alemán y declaró el derecho de éste a percibir parte de la herencia del causante en cuestión en concepto de legitimario o heredero forzoso. Como es natural, ello comportaba la reducción del testamento ológrafo, esto es, la reducción de las instituciones de herederos en la medida necesaria a fin de satisfacer la cuota legitimaria del demandante, presunto hijo no matrimonial del causante.

5. La anterior sentencia fue apelada y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia el 4 mayo 2016. En virtud de tal sentencia, la Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y declaró la falta de competencia internacional de los tribunales españoles para conocer del fondo asunto, que queda, así, sin solución sobre el fondo.

## II. Las motivaciones de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca para declarar la falta de competencia de los tribunales españoles

### 1. Vigencia y aplicación preferente del Convenio hispano-griego de 1919 sobre el art. 22 LOPJ

6. La cuestión clave para declarar la falta de competencia de los tribunales españoles para conocer de este pleito sucesorio fue, sin duda, la precisión de la normativa de Derecho internacional privado aplicable a la cuestión. En efecto, en primera instancia, el juzgado decidió que los tribunales españoles carecían de competencia internacional en relación con este litigio mediante la aplicación del art. 22.3 LOPJ. Sin embargo, en segunda instancia, la Audiencia no tuvo en cuenta el citado art. 22.3 LOPJ, sino que aplicó el “Convenio entre España y Grecia, celebrado el 6 marzo 1919, fijando reglas que se han de aplicar a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente”<sup>3</sup>.

7. Es evidente que *something happened on the way to Heaven*: algo ocurrió en el camino hacia el Cielo. Algo ocurrió entre la primera instancia y la segunda. En efecto, el Juzgado de primera instancia, en su sentencia sobre el caso, no había advertido la existencia y aplicación a este supuesto del referido Convenio internacional bilateral entre España y Grecia. Tampoco las partes se habían percatado de la existencia y aplicación a este concreto supuesto de este Convenio internacional. Sin embargo, en la segunda instancia, el escenario normativo en el que se movieron partes y tribunal cambió radicalmente. La explicación a este cambio de panorama legal es sencilla. La importancia cuantitativa y cualitativa del litigio así como la complejidad del mismo hizo que ambas partes buscaran asesoramiento especializado en diversos expertos de Derecho internacional privado en ese camino entre la sentencia de primera instancia y la apelación. El resultado de dicho asesoramiento fue que la parte demandada, ahora apelante, procedió al descubrimiento de un Convenio internacional firmado y ratificado por España, publicado en

---

<sup>3</sup> El texto oficial de este Convenio puede verse en la *Gaceta de Madrid* núm. 338 de 3 diciembre 1920. Dicho texto original y oficial puede consultarse en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1920/338/A00952-00955.pdf>. Este Convenio es ya inaplicable para España y también para Grecia tras la entrada en vigor y plena aplicabilidad del 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 las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012). Sobre las cuestiones temporales relacionadas con este Reglamento, *vid., ad ex.*, P. FRANZINA, “Articles 83 & 84”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL (EDS.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 852-866.



el diario legislativo oficial español de la época, -la *Gaceta de Madrid*-, y del que no constaban datos de su aplicación en España pero sí de su plena vigencia en el año 2009, fecha de inicio del litigio ante los tribunales baleares.

8. Es claro que algunos de los asesores legales de la parte demandada y posteriormente apelante, especializado en Derecho internacional privado, aconsejó redactar el recuso de apelación fundado en la falta de competencia internacional de los tribunales españoles pero sobre una base jurídica diferente hasta la ahora empleada. Había que fundar el recurso de apelación en el referido Convenio bilateral hispano-griego de 1919. Ya no se trataba de articular y proponer una “declinatoria internacional”. En efecto, el momento procesal para proponer tal incidente había ya precluido en la primera instancia. Se trataba de proponer como fundamento jurídico de fondo en el recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, la falta de competencia internacional de los tribunales españoles. Y dicho argumento había que fundarlo sobre la base jurídica, no considerada durante la primera instancia ni por las partes ni por el juzgado, del ya tantas veces nombrado Convenio bilateral hispano-griego.

9. El planteamiento del recurrente en apelación triunfó: la Audiencia provincial de las Islas Baleares, con sede en Palma de Mallorca, aplicó dicho Convenio internacional y declaró la falta de competencia internacional de los tribunales españoles para conocer del litigio en su sentencia de 4 mayo 2016.

10. El criterio seguido por la Audiencia de Palma en relación con la determinación de la normativa de Derecho internacional privado aplicable al litigio es acertado y ello es por varios motivos.

11. En primer lugar, el citado Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919 estaba plena y perfectamente vigente para España en la fecha del litigio en cuestión. Es claro que la falta de aplicación de una norma jurídica vigente en Derecho español no supone la derogación de la misma y la no aplicación de la misma. Los tribunales están obligados a resolver el caso suscitado con arreglo al sistema legal de fuentes establecido, esto es, con arreglo a las normas jurídicas españolas que se encuentran en vigor en el momento de la controversia (art. 1.7 CC: “[l]os Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”). Del pleno vigor de este Convenio hispano griego de 1919 en Derecho español no cabe dudar<sup>4</sup>. Ya en 1992, F.F. GARAU SOBRINO había incluido dicho texto en su brillante y hoy ya clásico análisis del régimen jurídico de los efectos de las resoluciones extranjeras en España escrito en 1992, sin duda alguna sobre su vigencia. Sin embargo, dejaba constancia el citado autor de la escasa aplicación del Convenio en la práctica forense española, pues afirmaba, en relación con este Convenio, que “*hasta el presente no nos consta su aplicación, por lo que su período de inactividad ya sobrepasa los setenta años*”<sup>5</sup>. Ya varios años antes, en

<sup>4</sup> Este Convenio internacional estaba plenamente vigente para España en la en la fecha en la que se inicia el litigio ante los tribunales españoles (2009) y era también plenamente aplicable. Así lo acredita la doctrina española especializada en Derecho internacional privado (A. BORRÁS RODRÍGUEZ, N. BOUZA VIDAL, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, M. VIRGÓS SORIANO, *Legislación básica de Derecho internacional privado*, Ed. Tecnos, Madrid, 23ª ed., 2014, pp. 1084-1089; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª edición, Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 753-762; F.F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Palma, Universitat de les Illes Balears, 2008, p. 143 y 202; F.F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 82-83; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 59-60. El hecho de que tras el 17 agosto 2015 y debido a la plena aplicación a partir de dicho día del 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 las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012), resulte que el Convenio hispano-griego de 1919 no sea ya aplicable por los tribunales españoles, no empece la vigencia de dicho Convenio bilateral. Es, todavía en la actualidad, Derecho vigente en España aunque sea “Derecho no aplicable”, desplazado por y en beneficio del citado Reglamento Sucesorio Europeo. *Vid.* en este sentido, el art. 75.2 del Reglamento 650/2012 citado, así como sus arts. 83 y 84 para las cuestiones de tipo transitorio. Debe tenerse presente que, a la fecha de interposición de la demanda que dio lugar a la SAP Islas Baleares de 4 mayo 2016, dicho Reglamento europeo no se había publicado oficialmente en el DOUE y, naturalmente, no estaba en vigor y que con arreglo al art. 44 LEC, “[p]ara que los tribunales civiles tengan competencia en cada caso se requiere que el conocimiento del pleito les esté atribuido por normas con rango de ley y anteriores a la incoación de las actuaciones de que se trate”.

<sup>5</sup> F.F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 83, nota [189],

su espléndida monografía sobre la ejecución de las sentencias extranjeras en España, también A. REMIRO BROTONS se lamentaba de la falta de aplicación de este Convenio y de las escasas oportunidades que iba a tener de ser aplicado por los tribunales de Justicia<sup>6</sup>. La vida da muchas sorpresas y una de ellas es que no conviene desafiar al destino y descartar una concreta normativa legal del debate jurídico cuando dicha normativa está vigente. Siempre puede aparecer un juez o una parte que invoque una norma jurídica en vigor que es la que, a la postre, resolverá el caso. Así fueron las cosas en esta sentencia dictada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares el 4 mayo 2016. Es cierto que los jueces tienen la obligación de conocer el sistema de fuentes establecido en el Derecho español y las mismas normas jurídicas vigentes que se insertan en dicho sistema (art. 1.7 CC: *jura novit curia*). Tales normas jurídicas no deben ser probadas por las partes en el proceso judicial. Ahora bien, si los jueces no recuerdan las normas vigentes aplicables, las han olvidado, las han pasado por alto, creen que no están vigentes o nunca supieron de su existencia, nada impide que una parte, diligente, bien informada, aplicada y observadora, haga notar al tribunal cuáles son las normas legales en vigor aplicables para resolver un caso litigioso. Así sucedió en este supuesto. El sistema jurídico español es un sistema objetivo. Está compuesto por las normas jurídicas españolas vigentes y aplicables. No son los tribunales ni tampoco las partes las que deciden si una norma existe y/o está vigente y resulta aplicable. Suena muy *kelseniano*, pero es cierto: las normas jurídicas son las que son y ello no es disponible ni discutible, guste más o guste menos a tribunales y litigantes. Con arreglo al principio de *perpetuatio jurisdictionis* (art. 44 LEC) los tribunales españoles debían determinar su competencia internacional con arreglo a las normas jurídicas españolas en vigor en el momento de iniciarse el pleito y tales normas se recogían en el citado Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919, vigente y aplicable en el momento de ejercicio de la acción. El art. 22 LOPJ no era aplicable a la cuestión y tampoco lo era el Reglamento 659/2012, instrumento legal no en vigor en dicho momento.

Es curioso también hacer notar que este Convenio hispano-griego no se encuentra recogido en algunas recopilaciones jurídicas de Derecho internacional privado disponibles en el mercado editorial. Así, por ejemplo, en la excelente colección de normas dirigida por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, C. ESPLUGUES MOTA, P. RODRIGUEZ MATEOS, y S. SANCHEZ LORENZO, este Convenio no aparece<sup>7</sup>. Tampoco consta en la magnífica recopilación de textos legales de la que son autores M. CASADO ABARQUERO, J.L. IRIARTE ÁNGEL, y A. MUÑOZ FERNÁNDEZ<sup>8</sup>. El rizo puede rizarse: este Convenio hispano griego de 1919 no se recogía en la edición vigésima de la extraordinaria y pionera recopilación de textos legales de Derecho internacional privado preparada por A. BORRÁS RODRÍGUEZ, N. BOUZA VIDAL, FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y M. VIRGÓS SORIANO y publicada por la editorial Tecnos en el año 2010<sup>9</sup>. Sin embargo, el Convenio en cuestión aparece incluido entre los materiales legislativos de dicha recopilación a partir de su edición número 22, que vio la luz en 2012, esto es, cuando ya el litigio en cuestión se encontraba en su segunda instancia y el Convenio hispano-griego había sido ya alegado por la parte recurrente en apelación. También fuera de los estrados, algo sucedió, es evidente, en el camino al Cielo en torno al año 2010, año en el que se resolvió el recurso de apelación contra la desestimación de la declinatoria internacional.

**12.** En segundo lugar, la sabida, aunque no siempre bien observada primacía de la aplicación de las normas jurídicas de génesis internacional sobre las normas de producción interna, imponía la apli-

con cita textual de la obra de A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 59-60. Vid. también F.F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, 1ª ed., Palma, Universitat de les Illes Balears, 2003, p. 143.

<sup>6</sup> A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 60: “Ignoro la razón de ser del Tratado hispano griego. ¿Quién no asegura que por los años veinte las migraciones de una península a la otra era tan abundantes que la necesidad de este Tratado se hacía imperiosa? Será cosa de ilustrarse. Pero muy posiblemente su negociación, como tantas otras veces, debió ser producto de un azar o de la inquietud pactista de un diplomático meritorio. El caso es que ahí está... (...) puede afirmarse que sus negociadores, al convenirlo, estaban mirando decididamente hacia el futuro”.

<sup>7</sup> Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, C. ESPLUGUES MOTA, P. RODRIGUEZ MATEOS, S. SANCHEZ LORENZO, *Legislación de Derecho Internacional Privado*, 19ª edición, Comares, Granada, 2016.

<sup>8</sup> M. CASADO ABARQUERO, J.L. IRIARTE ÁNGEL, A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2016.

<sup>9</sup> Vid. la edición más reciente: A. BORRÁS RODRÍGUEZ, N. BOUZA VIDAL, FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, M. VIRGÓS SORIANO, *Legislación básica de Derecho Internacional privado*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2016. El Convenio aparece ya en la p. 1046 de esta edición (2016). El Convenio puede verse en la p. 1125 de la 22ª edición correspondiente al año 2012.

cación preferente del Convenio hispano-griego y la no aplicación del art. 22.3 LOPJ a la cuestión de la competencia internacional de los tribunales españoles.

En defecto de instrumento legal europeo que resulte aplicable, los tribunales y autoridades españolas aplicarán las normas jurídicas españolas de competencia judicial internacional. Tales normas se contienen en los Convenios internacionales vigentes para España (art. 96.I CE, art. 1.5 CC, art. 21 LOPJ), normas que prevalecen sobre las normas españolas de producción interna que regulan la competencia judicial internacional. Así lo subraya la SAP Islas Baleares 4 mayo 2016: *“La jurisdicción de los tribunales se rige, en primer lugar, por lo dispuesto en los tratados internacionales. Las normas de fuente internacional priman sobre las de producción interna (arts. 96.1 de la Constitución, art. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 36.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)”*. Ello significa que si en relación con un caso concreto es aplicable un Convenio internacional en vigor para España y que regula la competencia internacional de los tribunales españoles, las normas jurídicas españolas de producción interna resultan inaplicables al caso. En consecuencia, el art. 22 LOPJ no resultaba aplicable para determinar la competencia internacional de los tribunales españoles en el caso en cuestión, ya que dicho precepto presenta un carácter meramente subsidiario. Este art. 22 LOPJ sólo puede aplicarse en defecto de normativa europea o de Convenio internacional vigente para España y aplicable al supuesto. Así lo confirma, específicamente, el art. 21. 1 LOPJ, cuyo texto actualmente vigente indica que *“[l]os Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”*. Por tanto, los criterios jurídicos para decidir si los tribunales españoles eran competentes para resolver el caso debían extraerse del Convenio hispano-griego de 1919 y no del art. 22.3 LOPJ. El sistema de competencia judicial internacional recogido en el art. 22 LOPJ para los litigios en el orden civil queda totalmente desactivado en presencia del Convenio hispano-griego de 1919, que prevalece sobre dicha normativa legal de producción interna.

**13.** La decisión que adoptó el Juzgado de primera instancia en torno a la competencia internacional de los tribunales españoles en el caso en cuestión era, pues, errónea. El Juzgado no aplicó la normativa legal en vigor y de aplicación preferente (= el Convenio hispano-griego de 1919) sino que tuvo presente el art. 22 LOPJ, precepto inaplicable al caso. Es por ello que todo el debate suscitado en torno al lugar en el que el causante tuvo su último domicilio era estéril y totalmente irrelevante. En efecto, el juzgado de primera instancia, en aplicación, incorrecta, del art. 22 LOPJ, estimó que el foro que atribuía competencia internacional a los tribunales españoles era uno de los recogidos en el párrafo tercero de dicha norma, y en concreto, el foro del “último domicilio del causante en territorio español”. Debate, en efecto, inútil, porque esta circunstancia (= el último domicilio del causante) no se emplea como foro de competencia judicial internacional en el Convenio hispano-griego de 1919.

**14.** No seleccionar correctamente la norma jurídica aplicable no sólo constituye un error de envergadura en el razonamiento jurídico, sino que lleva a esfuerzos vanos como los del tristemente célebre Sísifo. En realidad es así, ya que Sísifo no quería morir y no moría, pero era obligado a trabajar de modo inútil, pues la enorme piedra siempre rodaba ladera abajo. De la misma manera, el jurista que razona con normas no aplicables e ignora normas vigentes y aplicables está también condenado a argumentar de modo inútil. Es, por tanto, un castigo tan irónico como el de Sísifo, pues su trabajo argumentativo es improductivo, yermo e infecundo y tiene que volver a comenzar y hasta que no admite que debe argumentar con arreglo a otras normas jurídicas, su castigo no cesa.

## **2. Competencia judicial internacional y litigios sucesorios en el Convenio hispano-griego de 1919**

### **A) Foros de competencia judicial internacional recogidos en el Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919**

#### **a) Aspectos generales**

**15.** El Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919 regula tanto la competencia internacional de los tribunales griegos como de los tribunales españoles (arts. XIII y XIV), así como la Ley aplicable a

las sucesiones de los ciudadanos griegos y españoles (arts. XIII y XIV) y la ejecución en España de las sentencias griegas dictadas en aplicación del citado Convenio y viceversa (art. XV).

16. El Convenio hispano-griego de 1919 regula la sucesión *mortis causa* de los ciudadanos españoles y griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente. Ése es el marco jurídico en el que debían buscarse los foros de competencia judicial internacional que permitían a los tribunales griegos y españoles declararse competentes para conocer de litigios sucesorios suscitados por tales ciudadanos. Como ha indicado la doctrina especializada, el Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919 regula todo tipo de sucesión de todo tipo de bienes, se encuentren en el país en el que se encuentren. La rúbrica del Convenio hispano-griego así lo demuestra, pues el texto se refiere expresamente a “*las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente*” sin excluir ningún tipo de sucesión, y ningún tipo de bien, mueble o inmueble, sea cual fuere el país donde se encuentren tales bienes<sup>10</sup>.

17. En consecuencia, si las normas del citado Convenio no atribuyen competencia judicial internacional a los tribunales españoles ello significa que el legislador español no ha querido atribuir dicha competencia a tales tribunales. Por dicha razón, en tal caso, no puede acudir, bajo ninguna circunstancia, a las normas de competencia judicial internacional recogidas en la LOPJ. Ello supondría una impropio mezcla de normativas y fuentes jurídicas que contraviene la intención del legislador español de otorgar primacía aplicativa, en todo caso, a las normas contenidas en los Convenios internacionales sobre las normas contenidas en las normas españolas de producción interna (art. 21.1 LOPJ).

18. Por otra parte, si así se hiciera, esto es, si se aplicaran normas de competencia judicial internacional recogidas en la LOPJ a casos regulados por un Convenio internacional, se produciría una flagrante vulneración del Convenio internacional citado al permitir que los tribunales españoles fallaran en relación con un caso cuyo conocimiento les está prohibido por dicho texto legal. Debe recordarse que la inaplicación de un Convenio internacional en vigor para España comporta responsabilidad internacional del Estado español y que, por ello, España podría ser demandada ante el Tribunal Internacional de Justicia con sede en La Haya. Un caso similar se ha producido recientemente entre Suiza y Bélgica al acusar este país a Suiza de no aplicar un Convenio internacional (Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988) en vigor para ambos Estados (demanda de 22 diciembre 2009, TIJ Press Release 2009/36 de 22 diciembre 2009)<sup>11</sup>.

#### **b) Competencia judicial internacional y sucesión *mortis causa* en relación con los bienes muebles: foro de la última nacionalidad del causante**

19. En cuanto a la competencia internacional de los tribunales en relación con los litigios sucesorios que afectan a la sucesión de los bienes muebles de los nacionales griegos fallecidos fuera de Grecia, el art. XIV de dicho Convenio indica que deberán decidirse exclusivamente ante los tribunales griegos. El texto del art. XIV del referido Convenio dice así: “*La sucesión de los bienes muebles, así como el conocimiento de toda demanda o contestación relativa a ellos, se regirá por los Tribunales o Autoridades competentes del Estado a que pertenezca el difunto y conforme a las leyes de ese Estado*”. Se trata éste de un foro de competencia judicial internacional imperativo y exclusivo. Esta afirmación se demuestra mediante dos argumentos:

1º) *Argumento literal*. La misma letra del precepto ordena al tribunal griego, con toda claridad, conocer del litigio sucesorio relativo a los bienes muebles de causante griego, lo que impide

<sup>10</sup> F.F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 82-83, nota [188]: “[d]el contexto del Tratado, parece que en ambos casos deberá referirse a los dos tipos de bienes (muebles e inmuebles), ya que los preceptos anteriores regulan la competencia judicial internacional referida a la sucesión de los bienes inmuebles (art. XIII) y muebles (art. XIV)”.

<sup>11</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª edición, Ed.Comares, Granada, 2016, pp. 12-13.

que pueda entrar otro tribunal de cualquier otro Estado en el conocimiento del litigio. Igualmente, con arreglo al precepto, los tribunales españoles deben conocer del litigio sucesorio relativo a los bienes muebles de causantes de nacionalidad española, lo que impide que un tribunal de cualquier otro Estado, incluida Grecia, entre en el conocimiento del litigio.

- 2º) *Argumento teleológico*. También se desprende de la finalidad del precepto. En efecto, con ello se trata de evitar “pleitos internacionales paralelos”, a desarrollar ante tribunales de diversos países, por elementales razones de economía procesal. En consecuencia, en el caso de sucesión de bienes muebles de los nacionales griegos fallecidos en España son exclusivamente competentes los tribunales griegos y, por lo tanto, los tribunales españoles carecen de competencia internacional para conocer de dichos litigios. En consecuencia, si se trata de un pleito relativo a la sucesión *mortis causa* de los bienes muebles de un ciudadano griego, los tribunales españoles deben declararse incompetentes de oficio para no vulnerar las reglas de competencia recogidas en el citado Convenio internacional.

20. La Audiencia provincial de las Islas Baleares realizó un potente trabajo argumentativo para concretar cuál era la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento. Concluyó, y en esto no se hará mayor hincapié en la presente nota, que el causante ostentaba únicamente la nacionalidad griega y no la española al momento de su fallecimiento. El causante había perdido su nacionalidad española el año 2003 con arreglo al art. 24 CC en su redacción vigente al tiempo de los hechos<sup>12</sup>. También consideró el juzgador insular que el causante tenía en el momento de su fallecimiento su residencia habitual en Grecia. En Grecia tuvo su último centro social y personal de vida y sus estancias en España fueron, desde 1999, puramente vacacionales, y en inmuebles que no eran de su propiedad. En consecuencia, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares estimó que: (a) Los tribunales españoles no resultaban internacionalmente competentes para conocer del litigio sucesorio en cuestión en lo relativo a los bienes muebles; (b) Todos los litigios sucesorios relativos a la sucesión mobiliaria *mortis causa* del causante debían resolverse ante los tribunales griegos y con arreglo al Derecho sucesorio griego (art. XIV del Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919).

### **c) Competencia judicial internacional y sucesión *mortis causa* en relación con los bienes inmuebles: foro del lugar de situación de los bienes inmuebles**

21. En cuanto a la competencia internacional de los tribunales en relación con los litigios sucesorios que afectan a la sucesión de los bienes inmuebles de los nacionales griegos fallecidos fuera de Grecia, el art. XIII de dicho Convenio indica que tales los litigios sucesorios decidirse ante y por los tribunales del Estado de situación de los bienes inmuebles en cuestión y conforme a las Leyes de dicho país (“*La sucesión de los bienes inmuebles, así como el conocimiento de toda demanda o contestación, convenientes a las sucesiones de los bienes inmuebles, se regirán por los Tribunales u otras autoridades competentes del país dentro del cual están situados los inmuebles y conforme a sus leyes*”). Se trata, nuevamente, de un foro de competencia judicial internacional imperativo y exclusivo, por las mismas razones antes subrayadas.

22. En consecuencia, y siempre en el marco legal constituido por el Convenio hispano-griego de 1919, en el caso de sucesión de bienes inmuebles de los nacionales griegos fallecidos en España son exclusivamente competentes los tribunales del país de situación de los inmuebles y, por tanto, si tales bienes no se hallan en España, los tribunales españoles deben declararse incompetentes de oficio para no vulnerar las reglas de competencia recogidas en el citado Convenio internacional. Es irrelevante que los inmuebles se encuentren en Grecia o en otro país: si los inmuebles no se hallan en España sino en otro país, el Convenio internacional citado prohíbe taxativamente a los tribunales españoles el conocimiento de los litigios sucesorios relativos a dichos inmuebles, pues no les atribuye un foro de competencia judi-

<sup>12</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho español de la nacionalidad (Estudio práctico)*, Granada, Ed. Comares, 2011, pp. 208-224.

cial para conocer del litigio. Y sin foro de competencia internacional aplicable, los tribunales españoles no pueden entrar en el conocimiento del litigio. En relación con la sucesión *mortis causa* de los bienes inmuebles del causante, la cuestión esencial radicaba en concretar el lugar de situación de los bienes inmuebles del causante en el momento de su fallecimiento. Su domicilio y nacionalidad, resultaban, a estos efectos, irrelevantes. Visto que, en el caso controvertido, los inmuebles incluidos en la herencia se hallaban localizados en Grecia y no en España, país donde dicho sujeto carecía de propiedad inmobiliaria alguna, la conclusión es clara: los tribunales españoles también carecían de competencia internacional para decidir el litigio sucesorio que afectaba a tales bienes inmuebles ya sí lo declaró la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares 4 mayo 2016.

## **B) Declaración, de oficio, de incompetencia de los tribunales españoles**

**23.** Los tribunales españoles no pueden declararse competentes en relación con un litigio respecto del que carecen de foros de competencia judicial internacional según la normativa aplicable, que es, en el presente supuesto, el Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919.

### **a) Principio general: no hay proceso sin competencia internacional**

**24.** Sin competencia judicial internacional, las autoridades y tribunales españoles no pueden entrar a conocer de un litigio derivado de una situación privada internacional. En efecto, los tribunales españoles sólo pueden declararse competentes en los casos previstos por la Ley. Así lo señalan diversos preceptos del ordenamiento jurídico español:

En primer lugar, la solución está ya implícita en el art. 117.3 de la Constitución española de 27 diciembre 1978 bien claro señala que “[e]l ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. La competencia judicial internacional debe ejercitarse con pleno respeto a los foros recogidos en el sistema jurídico.

En segundo lugar, diversas normas de la LOPJ enfatizan la misma idea, la concretan y la delimitan. Así, el art. 4 LOPJ precisa que “[l]a jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las Leyes”. El art. 9.1 LOPJ establece que “[l]os juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley” y el art. 21.1 LOPJ, antes citado, dispone que “[l]os Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte”.

En tercer lugar, a nivel de ley ordinaria, el art. 36.1 LEC 1/2000 indica que “[l]a extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte” y el art. 44 LEC advierte que “[p]ara que los tribunales civiles tengan competencia en cada caso se requiere que el conocimiento del pleito les esté atribuido por normas con rango de ley y anteriores a la incoación de las actuaciones de que se trate”.

**25.** De los anteriores preceptos legales se derivan ciertas consecuencias jurídicas de extraordinaria envergadura para la solución correcta del litigio examinado y fallado por la SAP Islas Baleares 4 mayo 2016:

- 1º) Los tribunales españoles deben, en todo caso, controlar de oficio su competencia internacional. Esta afirmación debe ser entendida en el sentido de que los tribunales españoles debe conocer, únicamente, de los litigios respecto de los cuales tienen atribuida la competencia judicial internacional en virtud de las normas legales vigentes en España. A tal efecto, los tribunales no dependen de las alegaciones y/o de las actuaciones de las partes (art. 21.1 LOPJ).

- 2º) Si el tribunal español advierte que carece de un foro de competencia judicial internacional, se declarará, en cualquier momento del procedimiento, incompetente. Los tribunales españoles sólo pueden conocer de un litigio internacional si disponen de un foro de competencia internacional al efecto. Lo declara muy bien la SAP Islas Baleares 4 mayo 2016: “*El artículo 38 LEC dispone que la falta de competencia internacional se apreciará de oficio. La falta de jurisdicción determina la nulidad de pleno derecho de las actuaciones procesales (art. 225.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial)*”. El hecho de que, en el caso de examen, el juzgador de primera instancia no haya tenido en cuenta el Convenio aplicable no impide que lo tenga presente la Audiencia y que, al aplicarlo, pueda deducir que los tribunales carecen de competencia internacional y que deben, por consiguiente, declararse incompetentes<sup>13</sup>.
- 3º) Por razones de economía procesal, el art. 404.2.1º LEC indica que el tribunal español ante el que se ha presentado la demanda debe examinar su competencia *in limine litis*, de modo que si advierte que los tribunales españoles carecen de competencia internacional, se dictará auto en cuya virtud inadmite dicha demanda y se sobreseerán los autos<sup>14</sup>.
- 4º) Las normas de competencia judicial internacional españolas o europeas que resultan aplicables a un concreto litigio son las únicas normas que deciden si los tribunales españoles deben conocer de una determinada pretensión jurídica. Son las únicas normas que indican si el Estado español debe aceptar o renunciar a asumir la tutela judicial en un caso concreto<sup>15</sup>.
- 5º) La competencia internacional constituye un presupuesto del proceso. Por ello, si los tribunales españoles conocen de un litigio respecto del cual carecen de competencia judicial internacional, el proceso resulta nulo de pleno derecho a tenor del art. 238 LOPJ. Así lo ha indicado la mejor jurisprudencia, de la que es ejemplo la SAP Barcelona 26 mayo 2005: “*La falta de jurisdicción o de competencia del órgano judicial que conoce de un procedimiento constituye una causa de nulidad (art. 238 LOPJ)*”<sup>16</sup>. En un sentido similar también se pronuncia el AAP Badajoz 4 noviembre 2003.

**26.** En suma, de las anteriores disposiciones legales, que arrancan todas ellas del citado art. 117 CE 1978, es posible deducir un principio general básico en la ordenación valorativa del sector de la competencia judicial internacional: en los litigios internacionales, no puede desarrollarse un proceso ante tribunales españoles sin que éstos tengan atribuida legalmente competencia internacional. Cualquier interpretación que suponga quiebra de este principio es inconstitucional y debe ser rechazada de plano.

**27.** Es preciso examinar, en este momento, los mecanismos jurídicos técnico-procesales previstos en el Derecho español para proceder a declarar la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles. En efecto, el tribunal español ante el que se haya presentado una demanda puede declararse incompetente por falta de competencia judicial internacional, a través de dos mecanismos técnicos alternativos: la declinatoria internacional y la abstención de oficio.

## **b) La declinatoria internacional**

**28.** La excepción declinatoria, recogida en el art. 39 LEC 1/2000 sirve para evitar que los tribunales españoles conozcan de un concreto litigio pese a que dichos tribunales disponen de un foro de

<sup>13</sup> SAP Islas Baleares 4 mayo 2016: “*De ello se deriva que la falta de jurisdicción o competencia internacional puede ser apreciada de oficio, incluso después de haber sido desestimada la declinatoria formulada por la parte demandada, especialmente si la nueva revisión se produce atendiendo al contenido de una norma que tiene aplicación preferente y que no fue tenida en cuenta en el momento de ser analizada la cuestión por primera vez...*”.

<sup>14</sup> *Vid.*, en tal sentido, SAP Guipúzcoa 22 mayo 2014 (modificación de régimen de visitas de menor con residencia en Francia).

<sup>15</sup> SAP Vizcaya 26 mayo 2011 (cesión de futbolista profesional a club extranjero), STC Sala 2ª, 28 febrero 2011 (competencia de la jurisdicción española y acción de filiación).

<sup>16</sup> [Id Cendoj: 08019370152005100175].

competencia internacional previsto en el Derecho europeo o español que les permitiría conocer de tal litigio. El *dictum* del precepto confirma la anterior afirmación: “[e]l demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia”. Esto es, los tribunales españoles han examinado su competencia internacional y, al haber encontrado un foro de competencia a su favor, están en disposición de declararse competentes. Sin embargo, el legislador español entiende que, aunque los tribunales españoles disponen de tal foro de competencia internacional, el demandado puede hacer valer un pacto de sumisión a arbitraje, mediación o a tribunales extranjeros. El objetivo del demandado es evitar que conozcan del litigio los tribunales españoles y que, por el contrario, sean los árbitros, los mediadores o los tribunales extranjeros los que conozcan de un litigio que las partes habían sometido a tales árbitros, mediadores o tribunales extranjeros. El citado art. 39 LEC recoge con claridad esta idea. En efecto, el demandado puede denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia. Es decir, es el demandado el que debe hacer valer, en el proceso iniciado en España, que existe una cláusula válida de sumisión en cuya virtud el litigio se ha sometido la controversia a tribunales de otro Estado, o a arbitraje o mediación. Si concurre un foro de competencia internacional en las normas europeas o españolas aplicables al caso a favor del tribunal español que conoce del asunto, éste no puede, de oficio, dejar de conocer del litigio aunque exista una cláusula de sumisión en favor de tribunales de otro Estado o de un arbitraje. En tal supuesto, corresponde al demandado, y sólo al demandado, hacer valer tal cláusula de sumisión y solicitar la declaración de incompetencia internacional del tribunal. Si el demandado no lo hace, el tribunal continúa en el conocimiento del asunto porque dispone de un foro de competencia internacional que le obliga a ello. Ciertamente es que la declinatoria puede emplearse para “hacer ver” al tribunal su falta total de competencia judicial internacional, esto es, que no existe foro alguno de competencia judicial internacional a su favor. Sin embargo, el objetivo principal de la declinatoria radica en iluminar al tribunal español y comunicarle que el litigio se ha sometido previamente a tribunales extranjeros, árbitros o mediadores y que, precisamente por ello, aun cuando el tribunal español disponga de un foro de competencia judicial internacional, debe declararse incompetente y dejar que el litigio se desarrolle ante los tribunales extranjeros, árbitros o mediadores previamente elegidos por las partes.

### c) La abstención de oficio por falta de competencia internacional

**29.** El art. 36.2 LEC, precepto de importancia basililar en el sistema español de Derecho internacional privado, dispone lo siguiente:

*“2. Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes:*

*1.ª Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público.*

*2.ª Cuando, en virtud de un tratado o Convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.*

*3.ª Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes”.*

**30.** Interesa exponer y profundizar en la causa de abstención judicial recogida en el art. 36.2.3ª LEC. Este inciso indica que si los tribunales españoles carecen de un foro de competencia internacional en relación con un concreto asunto, deben verificar si el demandado se somete tácitamente a dicho tribunal. En el caso de que se someta de modo implícito, concurre el foro de competencia internacional denominado precisamente, “sumisión tácita del demandado”. De ese modo, y en virtud del mismo, el tribunal español será competente en virtud, naturalmente, del foro de la sumisión tácita de las partes siempre y cuando las normas legales aplicables a la competencia judicial internacional de los tribunales



españoles admitan la sumisión como foro de competencia judicial internacional (art. 22 bis LOPJ, art. 26 RB I-bis)<sup>17</sup>.

Si los tribunales españoles carecen de un foro de competencia internacional y, además, el demandado no se ha sometido a los tribunales españoles, entonces éstos carecen de todo foro de competencia internacional. Por ello, en este caso, se declararán de oficio incompetentes (art. 36.2.3ª LEC) en cuanto adviertan que carecen de un foro de competencia internacional que les permita conocer del asunto (art. 38 LEC). Así lo indica con la mayor rotundidad y vehemencia la doctrina que se ha ocupado del particular<sup>18</sup>.

**31.** En el presente caso, como se ha indicado, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles se debe regular, exclusivamente, por el Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919.

Dicho texto no recoge ni admite la sumisión como foro de competencia judicial internacional. En consecuencia, los tribunales españoles no podían declararse internacionalmente competentes con arreglo a la sumisión de las partes en ningún caso.

El único foro de competencia judicial internacional con arreglo al cual los tribunales españoles habrían podido declararse competentes para conocer del pleito sucesorio relativo a los bienes muebles de la herencia era la nacionalidad española del causante. Como antes se ha indicado, el causante no ostentaba la nacionalidad española en el momento de su fallecimiento, sino única y exclusivamente la nacionalidad griega. Por consiguiente, los tribunales españoles carecían de competencia internacional en relación con la sucesión de los bienes muebles del testador. Es por ello que la Audiencia declaró de oficio su falta de competencia internacional en cualquier momento del procedimiento, es decir “*tan pronto como sea advertida [por el tribunal] la falta de competencia internacional*”.

**32.** En tal sentido, debe recordarse que los tribunales españoles no pueden ignorar los casos en los que las normas españolas de competencia judicial internacional no les otorgan dicha competencia internacional. Estas normas españolas de competencia internacional “*son de orden público y por tanto, de inexcusable cumplimiento*”<sup>19</sup>. Con ello quiere decirse que los tribunales españoles deben aplicar de oficio las normas de competencia judicial internacional también en su sentido negativo, esto es, con el objetivo de evitar que los tribunales españoles conozcan de asuntos respecto de los cuales son internacionalmente incompetentes, lo cual resultaría contrario al principio de legalidad recogido en el misma Constitución española (art. 9.1 CE 1978), así como a los citados art. 4 LOPJ, art. 9 LOPJ, art. 21 LOPJ, art. 36.1 LEC, art. 38 LEC y art. 44 LEC.

**33.** Por tanto, la conclusión es clara. Cuando un litigio relativo a una situación privada internacional se presenta ante los tribunales españoles, éstos deberán declararse de oficio incompetentes en

<sup>17</sup> La redacción actualmente vigente del artículo 22 bis LOPJ obedece a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174 de 22 de julio 2015). En su párrafo primero el precepto señala que “[e]n aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos. No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los artículos 22 quáter, 22 quinquies, 22 sexies y 22 septies, o si excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el artículo 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos”.

<sup>18</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª edición, Ed.Comares, Granada, 2016, pp. 335-342. También R. ARENAS GARCÍA, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 300-301: “*en ausencia de competencia no es posible producir una decisión sobre el fondo del asunto, con lo que el órgano jurisdiccional, exista o no alegación de parte, deberá abstenerse. En nuestro sistema autónomo esta conclusión puede extraerse de los arts. 117.3 de la Constitución, y 9.1 y 21 de la LOPJ, en los que se prohíbe a los órganos judiciales el ejercicio de la función jurisdiccional fuera de los supuestos en los que tengan atribuida competencia (...) Si el demandado impugna la competencia de los Tribunales españoles con anterioridad a contestar al fondo del asunto no cabrá deducir la sumisión tácita de éste, por lo que, pese a que la actuación del demandado presente vicios que impidan la eficacia de su solicitud de abstención, ésta no impedirá el ejercicio por el tribunal de su obligación de verificar de oficio la concurrencia de competencia judicial internacional, y proceder a la abstención en caso de que no concorra ningún criterio de competencia en nuestro sistema*”.

<sup>19</sup> Vid. AAP Palma de Mallorca 9 octubre 2007 (contrato firmado en el extranjero, entre extranjeros y a ejecutar fuera de España) [Id Cendoj: 07040370032007200086].

caso de ausencia de foro de competencia judicial internacional en su favor. Es decir, si no concurre un foro de competencia judicial internacional de los recogidos en las Leyes procesales españolas en favor de los tribunales españoles, éstos, directamente, se declararán incompetentes y lo harán de oficio<sup>20</sup>. La jurisprudencia española es clara en este punto: sin competencia judicial internacional en favor de los tribunales españoles, éstos deben abstenerse de conocer del proceso en cuestión<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> *Id.* el AAP Palma de Mallorca 9 octubre 2007 (contrato firmado en el extranjero, entre extranjeros y a ejecutar fuera de España), citado en la nota anterior.

<sup>21</sup> *Id.* STS 25 junio 2008 [Id Cendoj: 28079110012008100543]: “*Resulta imprescindible, por lo tanto, dar respuesta a esta cuestión, cuyo carácter de orden público es notorio -lo que deja expedito su examen de oficio-, y verificar si los tribunales españoles tienen competencia para conocer de unas pretensiones que tienen por objeto la revocación de un testamento otorgado en el extranjero por otro posterior otorgado en España y la declaración de ineficacia de los actos jurídicos que son consecuencia del primero. Este control de la competencia judicial internacional ha de hacerse necesariamente a la vista de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a falta de norma convencional o, en general, de norma de carácter supranacional que resulte aplicable, y, en concreto, a la vista de lo dispuesto en su apartado tercero, una vez que se ha comprobado que no concurren ninguno de los foros de competencia exclusiva que establece el apartado primero del mismo artículo, y después de que se han excluido los foros generales establecidos en su apartado segundo, ya que no hay pacto expreso de atribución de competencia en favor de los tribunales españoles ni sumisión tácita a éstos, y que falta la conexión del domicilio del demandado que sirve para atribuir la competencia a los tribunales españoles*”; SAP Barcelona 3 julio 2014 [divorcio entre cónyuges ecuatorianos y alimentos], Id Cendoj: 08019370122014100494: “*Visto que la sentencia apelada no examina la competencia de los tribunales españoles, como procede hacer de oficio según el artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), ni la ley aplicable a los temas objeto del procedimiento...*”; SAP Barcelona 15 julio 2014 [divorcio entre cónyuges marroquíes] Id Cendoj: 08019370122014100517: “*Ninguna de las partes ha suscitado en la alzada las cuestiones sobre competencia judicial ni ley aplicable, que han sido debatidas en la primera instancia. No obstante han de ser examinadas al tratarse ambas de materias de orden público, puesto que la competencia ha de ser examinada de oficio (tal como establecen los artículos 21 de la LOPJ y 770.4 de la LEC) y, en cuanto a la ley aplicable ha de respetar el sistema de fuentes y las normas de conflicto establecidas en el Título Preliminar del Código Civil (artículos 9, 13 y 107 CC) y los tratados internacionales de aplicación*”; SAP Barcelona 29 julio 2014 [visitas a menor española, madre española y padre de nacionalidad cubana con residencia en los EE.UU.] Id Cendoj: 08019370122013100498: “*La demandante y el demandado (también demandante en los autos acumulados) son de nacionalidad bangladesí y religión musulmana (...). Dado que la sentencia apelada ignora esos elementos internacionales y no examina la competencia de los tribunales españoles, como procede hacer de oficio según el artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), ni la ley aplicable ...*”; SAP Barcelona 9 mayo 2014 [divorcio entre cónyuge norteamericano y española e hijos comunes], Id Cendoj: 08019370122014100299: “*Visto que la sentencia apelada no examina la competencia de los tribunales españoles, como procede hacer de oficio según el artículo 38 LEC, ni la determinación de la ley aplicable a los temas objeto del procedimiento, según el artículo 12.6 del Código Civil estatal (CC), debe señalarse que el padre tiene la nacionalidad de EE.UU. y la madre, española ...*”; SAP Guipúzcoa 22 mayo 2014 [modificación de régimen de visitas de menor con residencia en Francia], Id Cendoj: 20069370022014100060: “*A la vista de los términos en los que ha quedado configurado el presente recurso se está en el caso de abordar en primer lugar la cuestión relativa a la falta de competencia internacional que se alega toda vez que en función de lo que se resuelva al respecto procederá o no entrar a valorar el fondo de la cuestión debatida, esto es la procedencia o no de la modificación de medidas planteada por los demandantes. (...) La parte demandada con carácter previo a pronunciarse sobre la petición principal denunció, mediante declinatoria, la falta de competencia internacional al amparo de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la L.E.C. (...) - Con fecha 10 de abril de 2013 el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Irún dictó resolución en virtud de la cual rechazaba las alegaciones formuladas sobre falta de competencia internacional del Tribunal para conocer del asunto planteado en la demanda. - Recurrída en reposición dicha resolución y habiéndose adherido al mismo el Ministerio Fiscal, el Juzgado de Primera Instancia encargado de la cuestión resolvió mediante auto de fecha 5 de junio de 2013 y declaró no haber lugar a estimar el recurso de reposición rechazando la cuestión de competencia formulada. - Con fecha 14 de enero de 2014 se dictó sentencia (...) No puede admitirse en este caso la sumisión tácita y tampoco estamos ante un supuesto de sumisión expresa, o presunta por actos inequívocos anteriores a la demanda. Además, la propia regulación española establece también el examen de oficio de la competencia a tenor del artículo 38 de la L.E.C., igual que la territorial, art 769.4 LEC Es más incluso en esta alzada, cabe la apreciación de la falta de jurisdicción o la incompetencia de los Tribunales españoles según el artículo 227 último párrafo L.E.C. El Juzgado a quo debió examinar su propia competencia internacional detenidamente y, a limine litis, debió no admitir a trámite la demanda en cuanto a la responsabilidad parental y régimen de relación con los abuelos no custodios*”; SAP Baleares 18 diciembre 2009 [menor extranjero con residencia habitual en España]: Id Cendoj: 07040370042009100441: “*También hemos de destacar como es la jurisdicción de un Tribunal el primer basamento de su pronunciamiento y por ende la primera circunstancia que ha de ser determinada; en este sentido el art. 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley, y el art. 22 de la propia Ley establece las reglas que determinan la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles, con carácter imperativo y no dispositivo, por lo que su observancia ha de ser apreciada de oficio por el Juzgador, sin que la autonomía de la voluntad de las partes pueda alterar su aplicación de no existir sumisión*”; AAP Baleares 9 octubre 2007 [contrato firmado en el extranjero, entre extranjeros y a ejecutar fuera de España] [Id Cendoj: 07040370032007200086]: “*... Consecuentemente, estamos ante obligaciones contraídas en el extranjero, por extranjeros y que han de cumplirse fuera de España, por persona que ni ahora ni el momento de interponerse la demanda residía en nuestra*

**34.** En cuanto al momento en el que el tribunal español debe declararse de oficio incompetente y abstenerse de conocer por falta de competencia judicial internacional de la jurisdicción española y por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales griegos, el art. 38 LEC indica que “[l]a abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional”. De nuevo, la jurisprudencia española enfatiza que los tribunales españoles deben abstenerse de conocer de oficio del asunto en cualquier momento del procedimiento y deben declarar la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles si no concurren foros de competencia judicial internacional en favor de la jurisdicción española<sup>22</sup>.

**35.** En el presente caso, el hecho de haber contestado a la demanda por parte de la parte demandada no suponía la existencia de una sumisión de ésta al tribunal español.

En primer lugar, ello es así porque el citado Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919, no admite la sumisión como foro de competencia judicial internacional.

En segundo lugar, no existe sumisión alguna por parte del demandado, ya que éste interpuso la declinatoria en su momento y tiene derecho a llevar a cabo su defensa sobre el fondo sin que ello suponga una voluntad por su parte, de haberse sometido al tribunal. Así lo subraya la jurisprudencia<sup>23</sup>.

**36.** En virtud del tantas veces citado Convenio hispano-griego de 6 marzo 1919, los litigios sucesorios relativos a bienes muebles de causantes de nacionalidad griega deben resolverse, exclusivamente, ante los tribunales griegos y con arreglo a la Ley griega (= Ley nacional del causante) y los litigios relativos a la sucesión de los bienes inmuebles de los nacionales griegos fallecidos fuera de Grecia deberán decidirse por los tribunales del Estado de situación de los bienes inmuebles en cuestión y conforme a las Leyes del país de situación de los inmuebles. Por consiguiente, en el presente supuesto,

---

*nación, por lo que de acuerdo con los preceptos legales anteriormente indicados hay que concluir que los Tribunales españoles no son competentes para conocer la cuestión litigiosa que se pretende someter a su consideración. Señalar, por último, que las normas de competencia son de orden público y por tanto, de inexcusable cumplimiento”; AAP Barcelona 11 julio 2008 [Id Cendoj: 08019370122008200235]: “La Juzgadora de 1ª Instancia ha declarado la falta de competencia de los juzgados y tribunales españoles al no concurrir ninguna de las circunstancias antes referidas, lo que debe ser confirmado en esta alzada procedimental, con desestimación del argumento de la recurrente que alega que ha solicitado la nacionalidad española, por ser de aplicación el principio de la “perpetuatio iurisdictionis”, que obliga al Juez a analizar las circunstancias y dictar sentencia de acuerdo con la situación fáctica existente en el momento de iniciarse el pleito, esto es en el momento de la presentación de la demanda, de manera que deben en ese momento analizarse si concurren las circunstancias referidas en el art. 22,3 LOPJ, sin que cualquier modificación ulterior por parte de las partes, como puede ser la adquisición de la nacionalidad española que ha solicitado la Sra. María Teresa pueda determinar la admisión de la demanda como pretende en su recurso”.*

<sup>22</sup> *Vid. inter alia:* SAP Murcia 31 enero 2013 [guarda y custodia de menor con residencia habitual en Bolivia], Id Cendoj: 30030370042013100053: “... Estima este Tribunal, que si bien es cierto que el Sr. Artemio no denunció dicha falta de competencia a través de la vía procesal prevista legalmente al respecto, ello no constituye óbice alguno para que el Juzgador pueda en cualquier momento del procedimiento apreciarla de oficio, tras la correspondiente audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, como, en efecto, sucedió en este caso en el acto del juicio. Téngase en cuenta que la competencia de los Tribunales Españoles constituye una cuestión de orden público supervisable de oficio por los Tribunales”; AAP Madrid 27 junio 2012 [Id Cendoj: 28079370212012200196]: “... hemos de concluir que los tribunales españoles solo pueden declararse competentes en los “casos previstos en la ley”, de forma que cuando un litigio relativo a una situación privada internacional se presenta ante un tribunal español debe declararse de oficio dicho Juzgado o Tribunal como no competente cuando, como se dice en el Art. 36 de la LECv, “en virtud de un tratado o Convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado ....”.

<sup>23</sup> *Vid. AAP Madrid 7 septiembre 2012 [Id Cendoj: 28079370132012100436]: “Tampoco puede decirse que existió dicha sumisión por el hecho de que la demandada compareciera en el procedimiento concursal para defender sus intereses en relación con la calificación de la cantidad que en este se reclama, porque, como bien dice la apelante, en dicho procedimiento, primaba como fuero legal el domicilio del concursado (arts. 10 y 11 de la Ley Concursal) a los efectos de resolver la referida controversia, de manera que a la demandada solo le cabía la posibilidad de comparecer en el mismo si quería defender sus intereses; pero dicha comparecencia no comporta acto alguno de sumisión expresa o tácita en este, porque aquel procedimiento era distinto de este en el que es la concursada la que ejercita unas acciones que no son materia de concurso. 3º) Tampoco comporta sumisión tácita el hecho de que la demandada contestara a la demanda después de oponer, aunque fuera extemporáneamente, o si se quiere mediante una inexistente excepción de falta de competencia por las razones expuestas por la citada Sentencia de la A.P. de Murcia de 5 de diciembre de 2.005”.*

los tribunales españoles debían declararse de oficio incompetentes en cualquier momento del proceso, tan pronto como adviertan su falta de competencia judicial internacional (art. 9.1 LOPJ, arts. 36.1, 38 y 39 LEC). No era preciso esperar la apelación de las resoluciones dictadas en primera instancia para que el tribunal español que conociera del caso pueda declarar su falta de competencia internacional. Con ello se da cumplimiento a la normativa procesal española citada y se satisface el economía procesal, así como el principio de la buena administración de la justicia.

**37.** Por tanto, en el caso objeto de la SAP Islas Baleares 4 mayo 2016, el tribunal sentenciador tenía ante sí una tarea más sencilla que la que finalmente se impuso a sí mismo. Le bastaba con comprobar, y no era difícil, que, con arreglo al citado Convenio hispano-griego, los tribunales españoles carecían de competencia internacional. Con ello, y al margen de toda consideración sobre las alegaciones de las partes en relación con la competencia internacional, hubiera sido suficiente para proclamar la falta de competencia internacional de los tribunales españoles y no entrar en el fondo del asunto. Sin embargo, el tribunal balear complicó el razonamiento al afirmar que debía proceder la declaración de incompetencia de los tribunales españoles por la razón de que el Convenio hispano-griego recogía una “*competencia de carácter exclusivo en los términos del artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Es cierto que es muy posible que así sea, esto es, que el Convenio hispano griego recoja foros “exclusivos”, en el sentido de que sólo los tribunales españoles pueden conocer de las sucesiones de los españoles y sólo los tribunales griegos pueden conocer de los litigios relativos a la sucesión *mortis causa* de nacionales griegos<sup>24</sup>. No obstante, esta apreciación era totalmente innecesaria.

**38.** El error argumentativo del tribunal arranca de la lectura que éste hace del art. 38 LEC. El sistema español de competencia judicial internacional establece que, en ciertos casos, el tribunal español debe declararse de oficio incompetente. Se trata de los casos contemplados en el art. 38 y 36.2 LEC: (a) Casos en los que concurre la llamada “inmunidad de jurisdicción” o “inmunidad de ejecución” de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público; (b) Casos en los que un tratado o Convenio internacional en el que España sea parte, establece que el asunto se encuentra atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado; (c) Supuestos en los que no comparece el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes. Este último caso significa que si no concurre ningún foro de competencia internacional y el demandado no se somete a los tribunales españoles, si es que la sumisión resulta permitida en el caso en cuestión, los tribunales españoles éstos carecen de foro de competencia internacional y, precisamente por carecer del mismo, deben declararse incompetentes de oficio y no conocer del asunto litigioso. Ello al margen de toda declinatoria. Y esto era lo que sucedía en el caso objeto de la SAP Islas Baleares 4 mayo 2016, aunque la Audiencia Provincial no supo verlo. En efecto, en este caso, los tribunales españoles no tenían a su favor ningún foro de competencia judicial internacional y el demandado no se había sometido a los tribunales españoles. La abstención de oficio era obligatoria e inexcusable con arreglo al art. 36.2.3º LEC.

**39.** Los tribunales españoles pueden declararse incompetentes si el demandado ha interpuesto declinatoria y ésta ha sido estimada (= control de la competencia internacional “a instancia de parte”). Ahora bien, fuera de tal supuesto, los tribunales españoles no pueden conocer de litigios en relación con los cuales carecen de foro de competencia internacional. En los casos no cubiertos por el art. 36.2 LEC, esto es, en los casos en los que el tribunal español no está autorizado a declararse de oficio incompetente, ello sucede porque el tribunal dispone de un foro de competencia internacional recogido en la normativa legal español que le permite entrar a conocer del litigio. La misión de la declinatoria internacional es

---

<sup>24</sup> En este sentido, indica la SAP Islas Baleares 4 mayo 2016 que: “*Del propio tenor literal del precepto se deriva la existencia de un fuero de carácter exclusivo, sin que se prevean fueros de carácter alternativo que permitan una elección, ni la sumisión a los tribunales de otro estado distinto del de la nacionalidad. No puede entenderse que la excepción que se establece en el apartado segundo contradiga esta consideración. Por otro lado, está prevista para un supuesto en el que no se puede incluir al demandante, que no tiene nacionalidad española, ni reside en España, ni se han cumplido los plazos establecidos*”.

advertir al juez español de que, pese, precisamente, a que dispone de un foro de competencia internacional a su favor, no debe entrar a conocer del fondo del asunto porque existe otro tribunal de otro Estado que cuenta con un foro de competencia internacional a su favor que debe operar con preferencia al foro establecido en beneficio de la jurisdicción española. El clásico ejemplo es el del acuerdo de sumisión en favor de tribunales de otros Estados o de arbitraje privado internacional. Si las partes acordaron litigar ante tribunales turcos, por ejemplo, pero el contrato debe ejecutarse en España, los tribunales españoles disponen de un foro de competencia internacional para solventar el litigio (art. 22 *quinquies* a] LOPJ). Queda en manos del demandado activar la declinatoria internacional para evitar que los tribunales españoles conozcan del asunto y a tal efecto deberá basar su declinatoria en la existencia de un previo y válido acuerdo de sumisión a favor de los tribunales turcos. En conclusión, nunca el art. 36.2 LEC puede ser interpretado *contrario sensu* con el resultado de que los tribunales españoles puedan conocer en relación con litigios no atribuidos a la jurisdicción española por la normativa española que regula la competencia judicial internacional.

### III. Reflexiones finales

40. Este caso resulta interesante para recordar y reivindicar, con el mayor énfasis, la función del sistema jurídico y la precisión del Derecho aplicable.

En primer lugar, el Derecho es un sistema de normas jurídicas objetivas. El Derecho no es un sistema moral ni un conjunto nebuloso de reglas o pautas sociales. Ello significa que sólo forman parte de dicho sistema las reglas, normas y principios producidos según las propias disposiciones de dicho sistema. Resolver un caso con arreglo a preceptos o reglas externos a ese sistema jurídico constituye una solución antijurídica. Por ello resulta altamente preocupante la actitud de ciertos tribunales que aplican la equidad o su propio saber y entender para resolver litigios que deben solventarse con arreglo a normas jurídicas. Del mismo modo, acudir, en los casos regidos por el Derecho español, a normativas ajenas a éste constituye también una solución antijurídica, equivocada y errónea, por muy razonable que pueda parecer la solución. Alarmante es, por ello, que, por ejemplo, algunos tribunales españoles apliquen ciertos principios recogidos por la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado para determinar el país del domicilio del menor, principios resultado de una reunión entre expertos de varios Estados celebrada en Washington en marzo de 2010 (número especial de la *International Family Law*: “Declaración sobre la reubicación familiar internacional”) o los Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental elaborados por la Comisión Europea de Derecho de familia (UE)<sup>25</sup>. Si el caso concreto resulta cubierto por el ámbito de aplicación de un Convenio internacional vigente para España, éste debe aplicarse y no hay otra opción, que es lo que ocurría en este caso con el Convenio entre España y Grecia, celebrado el 6 marzo 1919, fijando reglas que se han de aplicar a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente<sup>26</sup>. No es relevante que el Convenio sea antiguo, o no consten datos de su previa aplicación por los tribunales españoles. Los tribunales y las partes no pueden decidir cuáles son las normas vigentes en Derecho español.

En segundo lugar, en el actual estado del Derecho internacional privado español, el operador jurídico debe examinar con el mayor esmero, si existe o no un Convenio internacional antes de recurrir a normas españolas de producción interna. Tales normas son subsidiarias, pues sólo pueden aplicarse en defecto de Convenio internacional aplicable. Lo que es incluso mejor, pues la calidad de las normas

<sup>25</sup> *Vid.*, en este sentido, *ad ex.*: SAP Barcelona 28 septiembre 2015 (fijación de residencia en Londres de madre e hija), SAP Tarragona 26 octubre 2015 (traslado del domicilio de menor), SAP Barcelona 25 noviembre 2015 (traslado a Austria del domicilio de los menores), SAP Tarragona 22 diciembre 2015 (traslado de domicilio del menor), SAP Barcelona 11 diciembre 2015, SAP Barcelona 17 noviembre 2015.

<sup>26</sup> El texto oficial de este Convenio puede verse en la *Gaceta de Madrid* núm. 338 de 3 diciembre 1920. Dicho texto original y oficial puede consultarse en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1920/338/A00952-00955.pdf>. Este Convenio es ya inaplicable para España y también para Grecia tras la entrada en vigor y plena aplicabilidad del 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 las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012).

europas suele ser muy superior a la que presentan las normas españolas. Los desastrosos arts. 22 a 22 *nonies* LOPJ introducidos por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, constituyen una buena prueba de normas de “calidad cero” que introducen confusión y dañan los derechos de los particulares. Por fortuna, tales normas se encuentran desplazadas por multitud de normas europeas que regulan la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y que, por tanto, muchas de ellas presentan hoy día un ámbito aplicativo real meramente subsidiario.

**41.** Por otro lado, también parece oportuno recordar que no siempre el legislador español dispone de una pluma bien cortada cuando regula la competencia internacional de los tribunales españoles. Así, en la regulación de la declaración de falta de competencia judicial internacional, las normas recogidas en la LEC 1/2000 no son tan transparentes, claras y terminantes como sería deseable. La función del operador jurídico es, pues, arrojar luz sobre normas oscuras, con el máximo respeto y la más elevada realización de los principios y valores constitucionales. Este caso es adecuado para no olvidar que los tribunales españoles no pueden decidir sobre el fondo de un litigio si carecen de un foro de competencia internacional que les permita conocer del asunto, ya que en caso contrario, la solución es contraria al mismo principio constitucional de legalidad.

# UN EXAMEN CRÍTICO DE LA STJUE DE 21 DICIEMBRE 2016: NULIDAD RETROACTIVA SÍ, FALTA DE TRANSPARENCIA “ABUSIVA” DE LAS CLÁUSULAS SUELO NO

## A CRITICAL ANALYSIS OF THE CJUE JUDGMENT OF 21 DECEMBER 2016: RETROACTIVE NULLITY YES, BUT NOT “UNFAIR” TRANSPARENCY TEST OF FLOOR CLAUSES

SERGIO CÁMARA LAPUENTE

*Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de La Rioja*

Recibido: 29.01.2017 / Aceptado: 31.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3628>

**Resumen:** La importante STJUE 21 diciembre 2016 ha resuelto, tras la sorpresa que supuso el parecer contrario de las conclusiones del Abogado General de julio de 2016, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español vulnera el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, de manera que las cláusulas suelo declaradas abusivas por falta de transparencia se ven afectadas por una nulidad *ex tunc* y, por tanto, procede la devolución de todas las cantidades indebidamente percibidas, sin límites temporales. El presente comentario argumenta que el TJUE actuó con acierto técnico (no exento de riesgos futuros) y dentro de su competencia en punto a establecer el carácter retroactivo de dicha nulidad; pero, en cambio, se extralimitó en sus funciones al sostener que le corresponde a él y no a los Estados Miembros delimitar cuáles son las consecuencias de infringir el deber de transparencia (arts. 4.2 y 5 de la Directiva) y, en particular, al considerar que la sanción se encuentra igualmente en el art. 6 de la Directiva, por lo que una cláusula no transparente puede equivaler a una cláusula abusiva. La STJUE 26 enero 2017 acaba de abundar en la forma de operar ese control de abusividad por falta de transparencia.

**Palabras clave:** cláusulas abusivas, control de transparencia, cláusulas suelo, nulidad, elementos esenciales del contrato, cláusulas sobre el precio, competencias del TJUE, límites a la protección de consumidores, cosa juzgada.

**Abstract:** The influential CJUE judgment of 21 December 2016 has vanished the initial shock produced by the different opinion given by the Advocate General in July 2016 and has overruled the Spanish Supreme Court's case law, since it is considered as opposed to article 6 of Directive 93/13/EC. As a result, the meaning of the unfairness of the so called “floor clauses”, when it was due to a failure to comply with the duty of transparency, is a full nullity *ex tunc*, and therefore entails a restitutory effect of all not to be due but paid amounts, without fixing any time limit for the restitution. This paper argues that the CJUE acted with right technical criteria (not exempt of future risks) and within its own competence as for the retroactive feature of nullity. However, the CJUE ruled *ultra vires*, beyond its own functions, when it sustained that Member States are not competent (but the CJUE itself) to shape the consequences of the infringement of the transparency test (arts. 4.2 and 5 of the Directive) and, in particular, when the Court considers that the remedy to the lack of transparency is also located in article 6 of the Directive, identifying a non transparent term with an unfair term. Ultimately, the CJUE judgment of 26 January 2017 has just gone even further in the way the unfairness test by lack of transparency should work.

**Keywords:** unfair terms, transparency test, floor clauses, nullity, core terms, price clauses, binding contract, CJUE competences, consumer protection limits, force of *res judicata*.

**Sumario:** I. Planteamiento. II. Sobre la ineficacia *ex tunc* de las cláusulas abusivas: el TJUE en su papel. 1. La interpretación del término “no vincularán” (art. 6 Directiva) corresponde al TJUE, no a los Estados Miembros. 2. La nulidad retroactiva como categoría mínima de ineficacia vulnerada por el TS. 3. ¿Y los límites derivados de los “graves trastornos económicos” y la “buena fe de los círculos interesados”? III. Sobre el control de transparencia: su conexión con la abusividad. El TJUE fuera de su papel. 1. Las extralimitaciones del TJUE. 2. Y si una cláusula no es transparente, ¿procede declarar su abusividad directa o ponderar su posible abusividad? El colofón (por ahora) de la STJUE 26 enero 2017. IV. Sobre los límites a la protección del consumidor (en especial, la cosa juzgada): la versión de la STJUE y la del Abogado General. V. Algunas consecuencias para el Derecho español.

## I. Planteamiento

1. Mediante su sentencia de 21 diciembre 2016 (*Gutiérrez Naranjo et al.*)<sup>1</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en Gran Sala, ha dado un paso más en la defensa del efecto útil de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y, en particular, en relación con el alcance del “efecto disuasorio” ligado a la nulidad plena que diseñara especialmente desde la STJUE 14 junio 2012 (*Banesto*)<sup>2</sup>. El TJUE ha sido, pues, plenamente coherente con sus resoluciones anteriores, pero ha introducido algunas afirmaciones totalmente novedosas respecto a su previa jurisprudencia (sobre el alcance de la expresión “no vincularán” del artículo 6 de la Directiva, el margen de concreción que queda a los Estados miembros al respecto y las consecuencias de la falta de transparencia de las cláusulas no negociadas) y no todas ellas merecen el mismo juicio de valor a la luz de las funciones y competencias del Tribunal de Luxemburgo.

2. Lo que sí queda meridianamente claro y es ajustado a la buena técnica jurídica, a la justicia material y al papel del TJUE, sin tribulación ante razones macroeconómicas, es que resulta contraria al Derecho de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) español –y la interpretación que en su favor hiciera el Abogado General (AG) MENGOZZI en sus Conclusiones de 13 julio 2016<sup>3</sup>, que el TJUE no sigue–, según la cual la nulidad de una cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia carecía de carácter retroactivo y, por tanto, sólo procedía la devolución de las cantidades indebidamente percibidas a su amparo desde el 9 de mayo de 2013, fecha de la publicación de la primera STS plenaria sobre la materia<sup>4</sup>. Según el TJUE, sobre todo en dos contundentes pasajes en que se condensa la argumentación principal (*vid.* §§ 61-63 y 71-73), la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia sí tiene carácter retroactivo, no puede limitarse en el tiempo la ineficacia *ex tunc* y procede la restitución de todas las cantidades indebidamente percibidas al amparo de una cláusula que debe considerarse que “nunca ha existido”.

3. Examinemos cómo llega el TJUE a esa conclusión, distinguiendo entre los argumentos plenamente conformes con sus funciones según el TFUE (apartado II), pese a algunos riesgos futuros que pueden entrañar, y argumentos relacionados con las consecuencias de la falta de transparencia, en los que el Tribunal europeo ha podido actuar *ultra vires* (apartado III), así como un examen de los límites a la protección del consumidor (apartado IV), para concluir con una selección de potenciales consecuencias de la STJUE 21 diciembre 2016 para el Derecho español (apartado V).

<sup>1</sup> STJUE 21 diciembre 2016, *Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Banco Popular Español, S.A., c. Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

<sup>2</sup> STJUE 14 junio 2012, *Banco Español de Crédito S.A. c. Joaquín Calderón Camino*, asunto C-618/10.

<sup>3</sup> *Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo MENGOZZI* presentadas el 13 de julio de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

<sup>4</sup> Como es bien conocido, la jurisprudencia del TS se asentó, primero con las SSTS 9 mayo 2013 (para acciones colectivas), 25 marzo 2015 y 29 abril 2015 (ambas para acciones individuales).



## II. Sobre la ineficacia *ex tunc* de las cláusulas abusivas: el TJUE en su papel

### 1. La interpretación del término “no vincularán” (art. 6 Directiva) corresponde al TJUE, no a los Estados Miembros

4. La STJUE 21 diciembre 2016 formula una interpretación autónoma de un aspecto crucial del artículo 6 de la Directiva, según el cual “los Estados miembros establecerán que *no vincularán al consumidor*, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas”. Entiende el Tribunal, de forma novedosa y no compartida por todos (para empezar, por el AG MENGOZZI), que la interpretación del alcance de los arts. 6 y 7 de la Directiva sí es competencia del TJUE (ineficacia de las *cláusulas abusivas* en general); y debe entenderse que esta decisión sí es correcta, aunque entrañe riesgos *ad futurum* al fijar un contenido mínimo no explicitado en la norma europea. En cambio, que las consecuencias de la *falta de transparencia* (arts. 4.2 y 5) estén también en la Directiva (en el mismo art. 6) y, por tanto, corresponda al TJUE perfilarlas, es afirmación mucho más discutible, cuando no errada, como se verá. Conviene reconstruir el *iter* histórico de la argumentación en tres pasos.

5. En primer lugar, el legislador de la UE, conscientemente eligió el término “no vincularán” las cláusulas abusivas por su amplitud, habida cuenta de la falta de armonización europea de las categorías de la ineficacia contractual y de la diversidad de soluciones nacionales; el tan traído y llevado *Informe de la Comisión Europea de los cinco años de aplicación de la Directiva 93/13*, así lo reflejaba de forma algo ambigua<sup>5</sup>, pero también añadía que “sin embargo y con el fin de preservar el alcance y salvaguardar el efecto útil de la Directiva, *los diferentes ordenamientos jurídicos deben respetar una serie de principios*”, entre los que deben subrayarse ahora dos: en primer lugar, *literalmente, que la decisión judicial “debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)”*; y, en segundo lugar, que procede el control judicial de oficio aunque el art. 6 no lo mentara. El informe señalaba que “no es fácil determinar el grado en que los diferentes ordenamientos jurídicos reconocen estas posibilidades, pero hay razones para temer que muchos de ellos no lo hacen”. Pues bien, el TJUE ha refrendado después hasta la saciedad que procede el control de oficio en todo tipo de procedimientos (en todos los ordenamientos, por supuesto)<sup>6</sup> y ahora, con la STJUE 21.12.2016 da curso a esa interpretación *de minimis* del art. 6 en punto a la ineficacia plenamente retroactiva<sup>7</sup>.

6. En segundo lugar, el AG MENGOZZI indicó: que el art. 6.1 “no carece de una cierta *ambigüedad*”; que la expresión escogida es “*neutra*” para dejar libertad a los Estados miembros sobre la categoría de ineficacia más idónea; que la nulidad no es la única vía para cumplir el mandato de la Directiva pero que dicha nulidad sí garantiza el nivel de protección exigido; que el TJUE hasta la fecha “no ha procedido a subsanar, de forma perentoria, la imprecisión del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. No ha ido más

<sup>5</sup> COMISIÓN EUROPEA (2000), *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, Bruselas, 27 de abril de 2000, COM (2000) 248 final, pp: 19-20: “Dada la diversidad de tradiciones jurídicas existentes, esta disposición ha sido incorporada de diferente manera (las sanciones civiles varían entre la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia o la no aplicabilidad de las cláusulas abusivas). Sin embargo y con el fin de preservar el alcance y salvaguardar el efecto útil de la Directiva, los diferentes ordenamientos jurídicos deben respetar una serie de principios para garantizar que una cláusula abusiva no vincula efectivamente al consumidor. A este respecto, el consumidor debe contar con la posibilidad irrenunciable (...) de negarse a cumplir las obligaciones derivadas de la cláusula abusiva sin necesidad de una decisión judicial previa. Además, la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*). Por último, el juez debe poder conocer de oficio (...). No es fácil determinar el grado en que los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales reconocen estas posibilidades, pero hay razones para temer que muchos de ellos no lo hacen”.

<sup>6</sup> España incluida, por supuesto, desde la señora STJUE 27 junio 2000, *Océano*, C-240/98 o la STJUE 6 octubre 2009, *Asturcom*, C40/08, hasta el ATJUE 18 febrero 2016, *Finanmadrid*, C49/14 (pues sí, también en el monitorio, como era obvio y se confirma ya por Auto); o, recientemente, en la STJUE 28 julio 2016, *Tomásová*, C-168/15.

<sup>7</sup> Como se puede apreciar, por tanto, este *Informe*, citado tanto por el AG como por los agentes del Reino de España en sus alegaciones sobre la cuestión prejudicial origen de la STJUE 21.12.2016, reconoce, sólo cinco años después de aprobarse la Directiva que puede haber diversidad en la transposición (en tres aspectos derivados del art. 6, no sólo en el tema de la retroactividad, y sin especial concreción del grado de diversidad legislativa), pero *ya se pronunciaba muy precisamente sobre la necesidad de que el juez declare la ineficacia ex tunc*.

allá de esta neutralidad aparente, y quizás no podía hacerlo”; y que “probablemente no le corresponda hacerlo”, sino que esas peculiaridades “deben ser decididas por los propios Estados miembros”<sup>8</sup>. Similares conceptos y expresiones aducía la Abogacía del Estado en representación de España.

7. En tercer lugar, la STJUE 21 diciembre 2016 no comparte en absoluto ese criterio del AG y considera que el Tribunal sí es competente para esclarecer el significado del término “no vincularán” del art. 6. De manera curiosa, el TJUE en esta sentencia huye de los formales raíles argumentativos a que nos tiene acostumbrados<sup>9</sup> al evaluar las legislaciones y jurisprudencias nacionales con el patrón de los principios de efectividad y equivalencia (y autonomía procesal) –que seguían también las alegaciones del Reino de España y, parcialmente, del AG–, y encara su decisión con dos ideas de fondo: *los efectos de la abusividad* sí están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (§§ 47-51) y las remisiones del art. 6 a las funciones de los Derechos nacionales al desarrollar el carácter no vinculante de las cláusulas abusivas no autorizan a rebajar una protección mínima que debe restablecer plenamente la situación de hecho y de Derecho de no haber existido la cláusula (§§ 64-66). Abordemos ambas afirmaciones, junto con una tercera (que el TS no elevó el nivel de protección de la Directiva) como corolarios de esta tesis del TJUE.

8. La STJUE 21 diciembre 2016 afronta la cuestión de si los efectos del carácter abusivo de una cláusula están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva con carácter preliminar a todo lo demás (§ 47) por ser una alegación del Gobierno español, de Cajasur Banco y del Banco Popular. Estamos de acuerdo con el desenlace en lo que atañe, en general, a las consecuencias derivadas de declarar abusiva una cláusula, que es materia novedosa y de gran trascendencia futura para los efectos de la abusividad *cuando se aplique el control de contenido (desequilibrio, buena fe, afrenta al listado de cláusulas abusivas, etc.)*; es decir, debidamente expurgada la conclusión del § 51 de la sentencia en estos términos: “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 (...) está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”; es la respuesta a las alegaciones de que el art. 6.1 se remite a la articulación de sus efectos a los derechos nacionales. Ello no lo excluye del ámbito de la Directiva, pues cuenta con unos límites o mínimos europeos.

9. Según esta sentencia, *los Estados miembros no pueden rebajar una protección mínima que adorna al art. 6 en cuanto a la retroactividad plena de la nulidad, pese a las remisiones de ese precepto a las legislaciones nacionales*, porque “el Derecho nacional (...) no puede modificar la amplitud de tal protección –ni, por tanto, su contenido sustancial–, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas”; el papel de los Estados miembros podrá precisar condiciones sobre la declaración de efectos abusivos, pero no podrá evitar que se restablezca la situación del consumidor como si no hubiera existido nunca la cláusula. Puede decirse que, a juicio del TJUE, la falta de vinculación de la cláusula comporta como mínimo su expulsión del contrato con carácter plenamente retroactivo. Esta solución es totalmente conforme con el Derecho español tal como obra en los textos legales (art. 83 TR-LGDCU y 1303 CC) y lo que hace es depurar la creación jurisprudencial de una nulidad rebajada sin base legal, ni nacional ni europea.

10. Pero decidir que la falta de vinculación, como mínimo, se corresponde con una nulidad plena con ineficacia *ex tunc*, puede a la postre acabar teniendo *dos contraindicaciones o peligros*: en primer

<sup>8</sup> Principalmente, §§ 52-55 y 61-64 de las *Conclusiones del AG Sr. Paolo Mengozzi* presentadas el 13.7.2016. Sobre la referencia al carácter “neutro” del “no vincularán” de la Directiva, tan subrayado por el AG, esos términos no se encuentran en el *Informe* de la Comisión europea, sino en el informe de síntesis de las jornadas preparadas por la institución en fechas inminentemente anteriores, en concreto, en M. TENREIRO, E. FERIOLI, “Examen comparatif des législations nationales transposant la Directive 93/13”, en EUROPEAN COMMISSION, *The ‘Unfair Terms’ Directive, Five Years on. Evaluation and Future Perspectives*, Conferencia de 1-3 julio 1999, Luxembourg, 2000, pp. 9-10 (y posteriormente fueron empleadas por la AG Verica TRSTENJAK en sus conclusiones [de 6.12.2011] en el asunto *Invitel*, C-472/10, § 48, nota 28, refiriéndose a la obra de un autor alemán, KAPNOPOULOU, no al citado ensayo de síntesis.

<sup>9</sup> Al menos, en materia de cláusulas abusivas, desde las SSTJUE 14 de junio de .2012 (*Banesto*) y 14 de marzo de 2013 (*Aziz*).

lugar, en el futuro pondrá a prueba las legislaciones y jurisprudencias de otros Estados miembros que no compartan esas consecuencias<sup>10</sup>; en este sentido, el impacto “grave” de la STJUE 21.12.2016 podría serlo también, o incluso mayor, en otros ordenamientos<sup>11</sup>. En segundo lugar, la solución de la nulidad absoluta, adecuada al problema planteado por las cláusulas-suelo (pagos indebidos), podría no ser acaso la solución más idónea para la falta de vinculación de según qué cláusulas en según qué tipos contractuales<sup>12</sup>; piénsese en el juego de la nulidad, el desistimiento y la resolución en los contratos de servicios, donde el consumidor ha podido obtener un claro beneficio durante la vigencia del contrato y la ineficacia se propala *ex nunc*. Por las incertidumbres que plantea esta nueva posición del TJUE, los fundamentos jurídicos más novedosos y radicales (§§ 61-62) de esta sentencia matizan con un “en principio” (tres “en principios”, en verdad) la asimilación entre falta de vinculación, inexistencia de la cláusula y restitución íntegra de importes; y, como si el TJUE fuese consciente de que puede tener que matizar en el futuro esa delimitación de la naturaleza jurídica de la falta de vinculación según cláusulas y tipos contractuales, tampoco aflora en la contestación final a las cuestiones prejudiciales, sin ser, desde luego, un mero *obiter dicta* de la sentencia.

## 2. La nulidad retroactiva como categoría mínima de ineficacia vulnerada por el TS

11. Para llegar a esa conclusión, el TJUE recuerda primero la interpretación que el art. 6.1 de la Directiva y su “no vincularán” le ha merecido hasta la fecha y coloca las vallas que delimitan los poderes de jueces y legisladores al respecto: es una norma de *orden público* (§ 54), es norma *imperativa* que pretende reemplazar el equilibrio formal por un equilibrio real entre las partes (§ 55), el juez *no puede modificar* el contenido de la cláusula abusiva (§ 57 y STJUE 4 junio 2012, *Banesto*, que obligó al legislador a cambiar el art. 83 TR-LGDCU con sus facultades de moderación) para *no eliminar el efecto disuasorio* que genera su inaplicación total (§ 60 y STJUE 21 enero 2015, *Unicaja*<sup>13</sup>, insistiendo en la doctrina *Banesto*) y además el juez debe *apreciar de oficio* el carácter abusivo (§§ 58-59). Y tras ese repaso preciso y sintético, en el que el TJUE no muestra ninguna tibieza, duda o contrapeso adicional (ningún “en principio” precautorio entre los §§ 54 y 60), asesta con su interpretación del art. 6.1 de la Directiva –por primera vez formulada, aunque con los citados tres cautelosos “en principios” en los §§ 61 y 62– su golpe de gracia a la limitación en el tiempo de la ineficacia de las cláusulas abusivas creada por Tribunal Supremo: según la STJUE 21 diciembre 2016, que la cláusula no vincule al consumidor significa que “*nunca ha existido*, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor”, por lo que si la cláusula abusiva y nula ordenaba el pago de cantidades indebidas, debe producirse un “efecto restitutorio”, pues excluirlo pondría en cuestión el citado efecto disuasorio aparejado (por obra del TJUE) al art. 6.1 de la Directiva. En consecuencia, “una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo” se opone dicho precepto (§ 75): el consumidor tiene “*derecho a obtener la restitución íntegra* de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria”. Aunque los términos transcritos hablan por sí mismos, podría añadirse, con otra dicción: la nulidad (española) de pleno derecho con ineficacia *ex tunc* establecida en el art. 1303 CC es, también, como mínimo, la categoría de ineficacia contractual (europea) que encaja mejor en la noción abierta de “no vincularán” de la Directiva y los Estados miembros no pueden rebajar ese mínimo protector.

<sup>10</sup> Los países que la Comisión Europea “temía” en su *Informe* sobre los cinco años de aplicación de la Directiva que no cumplieran con esto; habrá que examinar si más de 20 años después de la Directiva sigue existiendo alguno o no.

<sup>11</sup> Pero recuérdese que sólo España y un Reino Unido pre-*Brexit* hicieron alegaciones en contra de este parecer; la República Checa y la Comisión Europea apoyaron la ineficacia *ex tunc*.

<sup>12</sup> Alerta también de la pérdida de flexibilidad del Derecho al identificar infracción del Derecho imperativo sólo con nulidad, con varios ejemplos, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *Almacén de Derecho*, 21 diciembre 2016 (disponible en: <http://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-justicia-la-retroactividad-la-nulidad-las-clausulas-suelo/>). El problema tiene su paralelo en el veto del TJUE al reemplazo de la cláusula abusiva con el Derecho dispositivo, que siendo correcto, puede no resultar idóneo para ciertas cláusulas: vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, LV, 2014-2015, pp. 549-643, en particular, pp. 635-636.

<sup>13</sup> STJUE 21 enero 2015, *Unicaja Banco, S.A. y José Hidalgo Rueda et al., Caixabank, S.A. y Manuel María Rueda Ledesma et al.*, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

12. De esta forma, *el Tribunal de Justicia declara que la solución del TS es contraria al Derecho de la UE; que también era contraria al Derecho español vigente, cabe añadir, era obvio*, y las razones que aducía el Alto Tribunal (incluidas sus genéricas referencias a los “graves trastornos económicos” y a la “buena fe” de los predisponentes, *vid. infra* II.3) eran insuficientes e inconsistentes. El desbroce y crítica de los argumentos ha sido tantas veces contado, tanto por la doctrina como por numerosas sentencias de instancia y apelación que discreparon de esa jurisprudencia del TS, que no procede ahora detenerse en ello. Pero *la mayor inconsistencia técnica del TS fue crear (judicialmente) dos nulidades con eficacias dispares para cláusulas declaradas igualmente abusivas (por control de contenido o por control de transparencia)*; la incongruencia se ha hecho más patente cuando, al hilo de la posible nulidad (esta sí, plena y retroactiva) de las cláusulas suelo en contratos con adherentes empresarios abierta por la STS (Plenaria) 3 junio 2016<sup>14</sup> con fundamento en la buena fe del artículo 1258 CC, algunas Audiencias han comenzado a aplicar esa doctrina y han ordenado la devolución de todas las cantidades indebidamente percibidas sin el límite temporal del 9 de mayo de 2013 (véase la SAP La Rioja 161/2016, de 15 de julio). Teníamos, por tanto, ante similar cláusula, restitución íntegra para empresarios, restitución limitada en el tiempo para consumidores.

13. Cuando *la STJUE 21.12.2016 afirma que el TS no elevó el nivel de protección de la Directiva* –§ 49, que es en lo único en que el TJUE está de acuerdo con el AG MENGGOZZI y la única referencia a sus conclusiones–, aunque habría que matizar<sup>15</sup>, lo cierto es que poca superación del umbral de la Directiva puede apreciarse cuando bien por la vía del Código civil (arts. 1303, 1258, 6, etc.), bien, mejor, por la vía de la Ley de condiciones generales de la contratación (LCGC, arts. 5 y 7 y su control de incorporación) se puede alcanzar la plena ineficacia *ex tunc* de las cláusulas suelo incluso en contratos con empresarios o profesionales.

### 3. ¿Y los límites derivados de los “graves trastornos económicos” y la “buena fe de los círculos interesados”?

14. Con la contestación a la pregunta nuclear sobre la falta de conformidad con el Derecho de la UE del carácter no retroactivo de la nulidad una cláusula abusiva, planteada en las cuestiones prejudiciales formuladas en los tres asuntos acumulados<sup>16</sup>, la STJUE 21.12.2016 considera innecesario (§ 76) contestar a las otras siete cuestiones prejudiciales formuladas desde la Audiencia de Alicante, pues, ciertamente, eran cuestiones sólo procedentes en caso de respuesta diferente a la primera cuestión. Quedamos, por el

<sup>14</sup> La STS número 367/2016, de las tres dictadas ese día. Para un comentario a la problemática que encierra esa sentencia, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, “Control de cláusulas predisuestas en contratos entre empresarios”, *Almacén de Derecho*, 27 junio 2016 (disponible en <http://almacenderecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>) e *Id.*, “Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios”, en R. SCHULZE (Dir.) *Standardisierte Verträge - zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2017 (en prensa). Desde otra perspectiva, F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, “Buena fe *ex art.* 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016”, *Indret*, 4, 2016, pp. 1-21 (disponible en: [http://www.indret.com/pdf/1266\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf)).

<sup>15</sup> Pues, ciertamente, el TS español se adelantó en unos meses al TJUE a explicar la naturaleza jurídica de la transparencia, en el sentido de no ser meramente formal, sino también material (comprensión no sólo del sentido literal de la cláusula, sino también del alcance jurídico y económico de su compromiso); aunque, a la postre, eso tampoco eleva el nivel de protección de la Directiva, pues es el que el TJUE considera como mínimo. En cambio, al sostener la STS 9 mayo 2013 y posteriores que la falta de transparencia, acreditada, da lugar a una abusividad *directa* de la cláusula sí podría haber estado elevando el nivel de protección de la Directiva 93/13, pues como ambiguamente hacían algunas SSTJUE anteriores y posteriores a 2013 (*vid. infra*) y, más resueltamente ahora decide la reciente STJUE 26 enero 2017 (*Banco Primus S.A. y Jesús Gutiérrez García*, C421/14) la falta de transparencia da lugar a una abusividad ponderada a la luz de diversas circunstancias y parámetros (debe examinarse el desequilibrio que produce, no derivado sólo de su falta de claridad y comprensibilidad). Pero todo el argumento decae en el momento en que el TS confirió a la nulidad de una cláusula declarada abusiva (por falta de transparencia) una ineficacia retroactivamente limitada, con una clara rebaja de lo establecido en el “no vincularán” del art. 6 a la luz de lo ahora resuelto por la STS 21 diciembre 2016.

<sup>16</sup> En concreto, en las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (*Gutiérrez Naranjo*, asunto C-154/15) y en la primera de las, respectivamente, 7 y 8 cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia de Alicante en los asuntos *Palacios Martínez*, C-307/15 y *Banco Popular Español*, C-308/15.

momento, sin tener más pautas sobre las nociones acuñadas ya, entre otras, en la STJUE 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*<sup>17</sup>, citada por la STS 9 mayo 2013 como fundamento de los límites a la retroactividad de efectos (¿de la sentencia, de la nulidad contractual?): en concreto, (a) la “buena fe de los círculos interesados” (¿es un concepto autónomo de la UE? ¿Presupuestos? ¿Puede ser conforme a buena fe la actuación que motiva la falta de transparencia?)<sup>18</sup>; (b) el “riesgo de trastornos graves” (¿es un concepto autónomo de la UE? ¿Criterios? ¿Valorar no sólo los trastornos al profesional sino también a los consumidores?)<sup>19</sup> c) ¿Cabe la extensión automática de la limitación de los efectos restitutorios declarada en un procedimiento entablado por una asociación de consumidores a acciones individuales de nulidad de cláusulas suelo?<sup>20</sup>

15. Sólo se hará en este momento un breve apunte sobre las dos primeras nociones, por su potencial recorrido en el futuro en cuanto requisitos de la facultad excepcional (que la STJUE 21 diciembre 2016 residencia ahora en el propio TJUE) de limitar la posibilidad de que los interesados invoquen la interpretación del Tribunal de una disposición para cuestionar las relaciones jurídicas establecidas de buena fe. En cuanto a la “buena fe de los círculos interesados” (léase en clave nacional sobre cláusulas suelo: la buena fe/desconocimiento de las entidades financieras acerca de la evolución del Euríbor, el cumplimiento de las normas administrativas vigentes, la inclusión de un correspondiente techo no ilusorio, etc.), no se pueden sino compartir, palabra por palabra, las alegaciones de la Comisión Europea (§ 45 se sus Observaciones escritas) en estas cuestiones prejudiciales: *de acuerdo con el art. 3.1 de la Directiva, la buena fe queda excluida cuando se trata de una cláusula abusiva; por tanto, los predisponentes profesionales que incluyeron esas cláusulas en sus contratos con consumidores no pueden invocar su “buena fe” para limitar los efectos de la abusividad. Y, en cuanto al requisito de los “graves trastornos económicos” la jurisprudencia del TJUE exige que queden acreditados; la cifra de los, al menos, 4.000 millones de euros en que ahora se cuantifica en informes y tabloides el impacto de la STJUE 21.12.2016 para la banca española, en ningún momento se menciona ni entiende acreditado ni en el texto de la STS 9 mayo 2013 ni en el de ninguna de las SSTS plenarias posteriores, más allá de alegaciones genéricas sobre el “riesgo sistémico” o los importantes perjuicios económicos que otra solución hubiera ocasionado a las entidades financieras españolas. Quizás próximamente el TJUE esclarezca la pregunta de si basta una genérica apreciación de los trastornos por el tribunal (“sin datos concretos en que fundar” el riesgo) o, como parece más probable, éstos deben estar fehacientemente acreditados en el proceso judicial en que se aleguen, como expresamente se ha planteado, entre otras, en una cuestión prejudicial procedente de la Audiencia Provincial de Castellón<sup>21</sup>, aún no resuelta.*

### III. Sobre el control de transparencia: su conexión con la abusividad. El TJUE fuera de su papel

#### 1. Las extralimitaciones del TJUE

16. Si al interpretar el contenido mínimo de la ineficacia propia del art. 6 el TJUE se ha movido dentro de sus competencias, no cabe decir lo mismo, pues *parece haber actuado ultra vires cuando lo que hace es conectar el control de transparencia con la abusividad*, es decir, cuando se decide que la sanción por no superar ese control (4.2 y 5 de la Directiva) en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato deba ser *necesariamente* el carácter abusivo de dicha cláusula (directo o ponderado, luego se verá); es

<sup>17</sup> Ni la STJUE 21 marzo 2013 (*RWE Vertrieb*, C-92/11), ni la de 23 octubre 2014 (*Schulz et al.*, asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11), amparan esa falta de retroactividad, a pesar de la ingente cantidad de contratos de adhesión con consumidores (de gas y electricidad en Alemania) afectados por ellas.

<sup>18</sup> Cuestiones prejudiciales 2ª, 3ª y 4ª de los dos asuntos provenientes de la Audiencia de Alicante.

<sup>19</sup> Cuestiones prejudiciales 5ª, 6ª y 7ª de los dos asuntos provenientes de la Audiencia de Alicante.

<sup>20</sup> Cuestión prejudicial 8ª planteada por la Audiencia de Alicante en el asunto 308/15. Como es sabido, la STS (Pleno) 25 marzo 2015 (ponente E. BAENA RUIZ) dio una respuesta positiva a esta cuestión, en tanto que el voto particular de los magistrados F. J. ORDUÑA MORENO y X. O'CALLAGHAN MUÑOZ discrepaba de esa solución.

<sup>21</sup> Cuestión prejudicial planteada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón el 10 de julio de 2015 (*Banco Popular Español S.A. c. Elenea Lacaciu y Cristian Laurentiu Lacaciu*, asunto C-349/15). Es muy probable que la cuestión quede archivada tras la STJUE 21.12.2016.

decir, cuando se conecta el art. 4.2 (control de elementos esenciales) con el 6 (consecuencias del carácter abusivo) por la vía del art. 3 (definición de cláusula abusiva); mientras que, en realidad, el art. 4.2 (y el 5) al configurar el deber de que la redacción de la cláusula sea “clara y comprensible”, sólo encuentra en la Directiva una sanción expresa (no en el art. 6, sino en el propio art. 5: interpretación *contra proferentem*) y, por tanto, *sí quedaron fuera de la Directiva, como una laguna reiteradamente denunciada*<sup>22</sup>, *cuáles podrían ser otras consecuencias de que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato no fuesen transparentes, existiendo al menos tres modelos nacionales*<sup>23</sup>: su no incorporación al contrato, su nulidad por considerar que se trata de cláusulas directamente abusivas (TS español) o su nulidad como cláusulas abusivas después de ponderar si concurren el resto de requisitos del art. 3 (y 4.1, según el Derecho alemán), como ahora parece dejar entrever esta STJUE, en sentencia diseñada por un magistrado-ponente letón, pero formado en Alemania y en Derecho alemán<sup>24</sup>, en lo que puede ser una nueva constatación –desde la propia terminología (“transparencia material”) hasta las consecuencias de este expediente– de la influyente interpretación que tiene la doctrina alemana sobre los preceptos de la Directiva 93/13<sup>25</sup>.

**17.** Cómo da el paso esta sentencia de decir que el Tribunal de Luxemburgo conserva (al menos cierta) soberanía sobre la interpretación del art. 6.1 (significado de “no vincularán”, correcto), a decir que la falta de transparencia del art. 4.2 tiene la misma consecuencia (lo que parece hoy más bien labor de un futuro legislador europeo, no de un TJUE que acaso se haya excedido en sus funciones en este punto), parece un tanto endeble y corre así: (i) el TS interpretó que el art. 4.2 comprendía no sólo una transparencia formal sino también material (§ 48 de la STJUE, lo cual es correcto y lo diría poco después la propia STJUE 30 abril 2014, *Kásler*); (ii) “el control de la transparencia material” de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato *ex art. 4.2* es el mismo que el del art. 5 de la Directiva para todo tipo de cláusulas no negociadas (§ 49 de la STJUE, que es en lo único en lo que el Tribunal está de acuerdo con el AG, es correcto y lo dicen de forma aún más nítida, aunque no las cite esta STJUE 21 diciembre 2016, las SSTJUE 30 abril 2014, *Kásler*, y 25 febrero 2015, *Matei*); (iii) el TJUE ha declarado (en la sentencia de 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*) que es fundamental que el consumidor tenga información precontractual de las condiciones generales y sus consecuencias (§ 50 de la STJUE). Fin de la argumentación.

**18.** El legislador de la Directiva 93/13 no conectó el control de transparencia de los arts. 4.2 y 5 con el carácter abusivo de las cláusulas (arts. 3 y 4.1) ni con su consecuencia (art. 6) sino que sólo estableció que las cláusulas que no fuesen claras y comprensibles serían sometidas a una interpretación *contra proferentem*. Al incluir sólo ese remedio, tanto los Estados miembros en sus normas nacionales como los diversos textos prelegislativos que han pretendido colmar tal laguna en la norma europea, como sucede en el DCFR o en el CESL, han optado por distintas consecuencias ante la falta de transparencia (no incorporación, abusividad directa o abusividad ponderada)<sup>26</sup>. *El propio Informe de la Comi-*

<sup>22</sup> C. ARMBRÜSTER, C., “Standard Contract Terms and Information Rules”, en H. COLLINS (Dir.), *Standard Contract Terms in Europe: a Basis for a Challenge to European Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), 2008, p. 168; M. EBERS, “Unfair Contract Terms Directive (93/13)”, en H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS, M. (dirs.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, München, 2008, pp. 248-251; M. EBERS, *Rechte, Rechts behelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, pp. 905-909; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), C. VON BAR, E. CLIVE, (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*, Oxford University Press, Oxford, 2010, vol. I, p. 632.

<sup>23</sup> He desarrollado todas estas ideas, con constataciones de Derecho comparado, en CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e ineficacias...”, cit., pp. 562-563 y 570-589 (aunque las citas aquí se harán a ese ensayo, un resumen puede verse en *El Notario del siglo XXI*, 61, mayo-junio 2015, pp. 152-157, también disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/4087-transparencias-desequilibrios-e-ineficacias-en-el-regimen-de-las-clausulas-abusivas-un-resumen-critico>)

<sup>24</sup> El ponente de esta STJUE es el magistrado Egils LEVITS, quien, en la propia página del TJUE, se destaca que se licenció en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Hamburgo y es colaborador científico de la Facultad de Derecho de Kiel.

<sup>25</sup> Sobre ello y, en particular, sobre la influencia del Derecho alemán en diversos Abogados Generales, con demostración a través de Conclusiones seleccionadas de AGs, véase CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias...”, cit., pp. 590-591.

<sup>26</sup> Sobre el tratamiento de la cuestión en Alemania, Reino Unido, Italia y Francia, así como en el DCFR y el CESL, véase CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias...”, cit., pp. 574-589.

*sión Europea sobre los primeros cinco años de aplicación de la Directiva reconoce que se renunció a una armonización a escala europea de las consecuencias de la infracción del deber de transparencia, y lo hace en estos términos literales: “la violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas, puesto que las cláusulas contractuales que no respetan los criterios de claridad y comprensibilidad no se consideran abusivas ni deben, por tanto, suprimirse”, aunque contempla la posibilidad de habilitar sanciones específicas en el futuro*<sup>27</sup>.

**19.** El Código civil alemán (BGB) en su reforma de 2000 incorporó un nuevo inciso en el § 307.1 en el que se lee: “el hecho de que la cláusula no sea clara y comprensible *también puede [kann auch]* causar un perjuicio desproporcionado” y, por ende, ser abusiva. Esta regla sobre la “transparencia material” (la STJUE adopta el término, tan propio de la doctrina alemana) no consta en la Directiva, pero parece estar desempeñando hoy un papel de canon hermenéutico sobre el sentido más adecuado de los deberes de transparencia de la Directiva. El peso de la formación germánica de diversos AGs y magistrados del TJUE podría estar haciendo al Tribunal ver algunos preceptos de la Directiva con el color del cristal de una norma nacional posterior a la propia Directiva. Obvia recordar el conocido influjo de la doctrina alemana en la propia redacción del art. 4.2.

## **2. Y si una cláusula no es transparente, ¿procede declarar su abusividad directa o ponderar su posible abusividad? El colofón (por ahora) de la STJUE 26 enero 2017**

**20.** Ni la sentencia de 21 diciembre 2016 ni las anteriores SSTJUE permiten responder taxativamente a esta cuestión. De nuevo el telón de fondo del Derecho alemán puede arrojar algo de luz: si bien la jurisprudencia y la doctrina alemana en un inicio pudieron inclinarse por la abusividad directa, *per se*, de la cláusula no transparente (en línea con el planteamiento iniciado en España por la STS 9.5.2013), en la actualidad es mayoritaria la interpretación del BGB que entiende, pese a la dicción del § 307.1 (o por ella), que la falta de transparencia conduce al juicio sobre el carácter abusivo de la cláusula (*kann auch*; abusividad ponderada, no directa) abriendo entonces la puerta a considerar el resto de parámetros que abocan en la declaración de su carácter abusivo (perjuicio desproporcionado, resto de cláusulas, circunstancias del contrato, etc.)<sup>28</sup>. La STJUE 21.12.2016 no es concluyente en absoluto sobre este punto, pues el § 51 tan sólo vincula control de transparencia y abusividad en estos términos: “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto (...) de la información necesaria (...) está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”; parece sobreentender, eso sí, que TS español llevó a cabo una abusividad ponderada<sup>29</sup>, cuando realmente lo que hizo fue declarar la abusividad directa por falta de transparencia<sup>30</sup>. Las conclusiones del AG tampoco se adentran en la forma de llevar a cabo el control de transparencia y sus consecuencias, pero en una nota (nº 45, una vez más, este punto esencial se aborda de soslayo y marginalmente), afirma que “re-

<sup>27</sup> COMISIÓN EUROPEA (2000), p. 18. En una nota al pie añade que existe, sin embargo, jurisprudencia *nacional* que “ha considerado que la falta de claridad de una cláusula contractual podría ser declarada *ilícita*”; se plantea, en conclusión, si en una futura reforma de la Directiva debería posibilitarse que dicha infracción permitiese interponer acciones de cesación o una sanción específica “como la inoponibilidad de las cláusulas”.

<sup>28</sup> Para la cita de la jurisprudencia y doctrina más reciente en este sentido, me remito de nuevo a CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias...”, cit., p. 575-577 y a *Id.*, “Experiencias españolas...” (2017), cit., apartado 2.2.2.

<sup>29</sup> A tenor del § 21 de la STJUE, “según el Tribunal Supremo (...) no se cumplía la exigencia de transparencia material (...) y procedió analizar el carácter eventualmente abusivo de las mencionadas cláusulas, a la luz de los criterios generales de buena fe, equilibrio y transparencia enunciados en el artículo 3, apartado 1, en el artículo 4, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13”.

<sup>30</sup> Sobre esto y los matices introducidos en las últimas SSTS de 2015 y 2016 acerca de lo que se considera “perjuicio” para el consumidor (no poder comparar ofertas) derivado de la falta de transparencia, CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias...”, cit., pp. 603-605, e *Id.*, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014. El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación)”, en M. YZQUIERDO TOLSADA, (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil). Volumen 6º (2013-2014)*, Dykinson/BOE, Madrid, 2016, pp. 206-208.

sulta claramente de la redacción” del art. 4.2 que una cláusula referida al objeto principal del contrato “puede, cuando no cumpla las exigencias de claridad y comprensibilidad, ser objeto de una apreciación de su carácter abusivo en las condiciones establecidas en el artículo 3, apartado 1” de la Directiva. No se aporta cita de sentencias anteriores del TJUE.

**21.** Si se repasan las medidas afirmaciones de resoluciones como el ATJUE 16 noviembre 2010, *Pohotovost*<sup>31</sup>, o las SSTJUE 15 marzo 2012, *Pereničová*<sup>32</sup>, 25 febrero 2015, *Matei*<sup>33</sup> y 9 julio 2015, *Bucura*<sup>34</sup> se comprobará que concluyen que, tras el debido examen de todas las circunstancias y los parámetros de los arts. 3 y 4.1, “podrían” ser declaradas abusivas. El TJUE parecía estar a punto de culminar su labor de explicitar las consecuencias del control transparencia (ausentes en la Directiva, como se ha señalado). Y parece haberlo hecho finalmente con la ocasión que le brindaba otra cuestión prejudicial presentada desde España muy centrada en el art. 4.2 de la Directiva: la recién publicada *STJUE 26 enero 2017 (Banco Primus)*<sup>35</sup>, en la que (§ 62) se dice que las cláusulas del art. 4.2 “sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible” y en la que el TJUE ofrece los criterios para ponderar ese carácter abusivo nada menos que en relación con las cláusulas sobre intereses remuneratorios (*vid.* §§ 64, 65 y 67). *Abusividad ponderada, por tanto* (como en la interpretación alemana mayoritaria hoy), hacia la que el TS deberá acomodar su futura jurisprudencia y no tiene demasiado difícil converger, aunque, desde luego, no sea esta ni la mejor solución, ni, a nuestro juicio, la que haya de proceder a la luz de la Directiva y del margen de autonomía que concedió a los Estados miembros, según se ha expuesto.

**22.** Y es que *el expediente técnicamente más abonado hubiera sido radicar el control de transparencia en el control de incorporación*, que, además de contar con otras muchas ventajas hubiese evitado bastantes de las prejudiciales que han desembocado en estas sentencias. En lugar de ubicar dicho filtro de transparencia en la abusividad<sup>36</sup>, numerosos argumentos<sup>37</sup> avalan esa recalificación de la naturaleza jurídica de ese filtro en nuestro país (y en otros): la falta de ligazón en la Directiva de los arts. 4.2 y 5 con el art. 6, de manera que no es una sanción contemplada en la Directiva por la falta de transparencia, sino que las sanciones específicas se relegan a los Estados miembros; la falta en nuestro sistema (y en la Directiva) de un paralelo al § 307 del BGB alemán; la expulsión más sencilla del contrato de la cláusula tenida por no transparente (no incorporada, más protectora, por tanto con el adherente), frente a la necesidad de ponderación de todos los criterios que han de concurrir para que una cláusula sea abusiva (arts. 82.1 y 82.3 TR-LGDCU), incluida la prueba del “desequilibrio sustancial de derechos y obligaciones” y el perjuicio; la posibilidad de abordar con un control de transparencia más o menos homogéneo los contratos en los que el adherente sean no sólo consumidores, sino también empresarios (al residenciarse también en los arts. 5 y 7 de la LCGC), etc.

<sup>31</sup> ATJUE 16 noviembre 2010, *Pohotovost s.r.o. y Miroslav Vašuta* (asunto C-470/12), § 73: la omisión de la TAE infringe el deber de transparencia y, en aplicación del art. 4.2 de la Directiva, “podría llevarse a cabo un examen del carácter abusivo de la cláusula” en el sentido del art. 3 de la Directiva.

<sup>32</sup> STJUE 15 marzo 2012, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič y SOS financ, spol. s r. o.* (asunto C453/10), §§ 44-47: una TAE incompleta podría considerarse práctica desleal y esta calificación sería un elemento entre otros para que el juez aprecie el carácter abusivo del art. 4.1 de la Directiva.

<sup>33</sup> STJUE 25 febrero 2015 (Sala *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei y SC Volksbank România SA* (asunto C-143/13), §§ 71, 72, 75 y 78.

<sup>34</sup> STJUE 9 julio 2015, *Maria Bucura y SC Bancpost SA* (asunto C-348/14), §§ 50 y 61-63; según este último párrafo, puede apreciarse el carácter abusivo de cláusulas comprendidas en el art. 4.2 de la Directiva si se estima en un examen de conjunto “eu égard à toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat” y determinadas omisiones “sont susceptibles de conférer à ces clauses un caractère abusif au sens des articles 3 et 4 de cette directive” y se remite al asunto *Pohotovost*’ de 2010.

<sup>35</sup> STJUE 26 enero 2017 (*Banco Primus S.A. y Jesús Gutiérrez García*, C-421/14).

<sup>36</sup> En esencia, en las SSTS, plenarias todas, de 9 mayo 2013, –con titubeos la STS 8 septiembre 2014–, 24 marzo 2015, 23 diciembre 2015, 3 junio 2016 y 14 julio 2016.

<sup>37</sup> Una vez más me remito a las obras citadas en las que he abordado recientemente la cuestión.



#### IV. Sobre los límites a la protección del consumidor (en especial, la cosa juzgada): la versión de la STJUE y la del Abogado General

23. A modo de contrapeso a su afán por potenciar el efecto útil de la Directiva 93/13, la STJUE 21 diciembre 2016 recuerda que “ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta”, y menciona dos límites: la subsistencia de las normas procesales internas sobre cosa juzgada (§ 68) y la fijación de plazos razonables para recurrir, en interés de la seguridad jurídica (§ 69, aunque su formulación genérica no parece muy conforme con anteriores SSTJUE)<sup>38</sup>. Aún podría haber mencionado algún otro, como la excepción al control judicial de oficio sentada por la STJUE 4 junio 2009, *Pannon*<sup>39</sup>: el consumidor puede oponerse a que el juez declare el carácter abusivo de la cláusula cuando, informado por el órgano judicial, así lo manifiesta aquél. En particular, la STJUE 21 diciembre 2016 emplea el argumento para ratificar que el TS “podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada”. A mi juicio, el aserto puede proyectarse hacia el futuro, como ahora se verá, en relación con las sentencias firmes recaídas en España siguiendo la jurisprudencia del TS previa a la del TJUE, que no admitirán revisión.

24. Si se contrastan los pocos límites que el TJUE reconoce al principio de elevada protección de los consumidores que marca el Derecho derivado de la UE con algunas *desenfocadas afirmaciones del AG Mengozzi* en las conclusiones que presentó sobre estas cuestiones prejudiciales, debe concluirse que el Tribunal de Luxemburgo se ha mantenido coherente con su propia jurisprudencia de los últimos años, altamente proteccionista en velar por el efecto útil de la Directiva 93/13. Señalaba el Abogado General (§ 73), en afirmaciones un tanto gruesas que en modo alguno asume el TJUE, que:

- (a) “Alcanzar el equilibrio tan perseguido por la Directiva no equivale a favorecer al consumidor. Dependiendo de la fecha de celebración de los contratos de préstamo, la falta de efecto completamente retroactivo no ha tenido necesariamente como resultado no restablecer el equilibrio” (*sic, ¿?*);
- (b) “el consumidor vinculado por un contrato de préstamo que incluía una cláusula ‘suelo’ podía fácilmente cambiar de entidad bancaria mediante una novación modificativa del contrato” (afirmación que no sólo oculta la realidad del carácter uniforme de las cláusulas suelo en la mayoría de entidades bancarias en una época, sino que no desvirtúa el carácter ilícito *ab initio* de la cláusula no transparente);
- (c) “la aplicación de la cláusula “suelo” no había tenido como consecuencia una modificación sustancial del importe de las mensualidades debidas por los consumidores”; esta última argumentación del AG es radicalmente insostenible a la luz de la jurisprudencia del TJUE y omite la doctrina ya sentada en resoluciones como la STJUE 16 febrero 2014, *Constructora Principado S.A.*, en la que expresamente se fija algo obvio a la luz de la Directiva: el “desequilibrio importante” es jurídico y no económico, es un desequilibrio de derechos y obligaciones, pues como resume la citada sentencia, “no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate,

<sup>38</sup> La STJUE 21 diciembre 2016 cita para ambos límites la STJUE 6 octubre 2009, *Asturcom*. Pero cabe apostillar que la enunciación de la sentencia en examen puede no compadecerse bien con los límites que el propio TJUE, en beneficio de los consumidores, ha puesto a ese tipo de plazos preclusivos cuando le impidan impugnar eficazmente cláusulas abusivas: véanse la STJUE 21 noviembre 2002 (*Cofidis SA v. Fredoût*: una norma interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar de oficio el carácter abusivo de una cláusula se opone a la Directiva 93/13) o la STJUE 29 octubre 2015 (*BBVA, S.A. v. Pedro Peñalva López et al.*: el plazo preclusivo de un mes para oponerse a la ejecución basada en una cláusula abusiva, introducido por la DT 4ª de la Ley 1/2013 es contrario a la Directiva; lo cual es nuevamente confirmado en la STJUE 26 enero 2017, *Banco Primus*, cit.).

<sup>39</sup> STJCE 4 junio 2009, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi*, C-243/08, §§ 33 y 35.

sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que este consumidor se encuentra”<sup>40</sup>.

## V. Algunas consecuencias para el Derecho español

25. La incidencia más evidente de la STJUE 21 diciembre 2016 es, en primer lugar, que *todos los “órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó”* (§ 74). Por lo tanto, en los casos pendientes de resolución judicial y en los venideros, los juzgados y tribunales españoles deben abstenerse de seguir la doctrina jurisprudencial del TS y deben aplicar una nulidad plenamente retroactiva, sin esperar ni a la futura modificación por el propio TS ni a un eventual cambio legislativo. Y así, los primeros fallos posteriores a la STJUE, como la SAP Sevilla (5<sup>a</sup>) 29 diciembre 2016 (FD 6<sup>o</sup>) ya señalan que “al amparo de tal doctrina, esta Sección considera que *deja de ser vinculante la establecida anteriormente al respecto por el Tribunal Supremo* y que debe retomar su postura inicial de no limitar la retroactividad de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva”.

26. En segundo lugar, sin embargo, existen numerosas dudas de tipo procesal sobre las consecuencias de esta STJUE en relación con *sentencias ya dictadas* sobre las cláusulas suelo y el ámbito de operatividad del principio de *cosa juzgada* respecto a ellas, pues, recuérdese, la propia sentencia europea subraya que la seguridad jurídica y la cosa juzgada son límites al efecto útil de la Directiva 93/13 (§ 68). Cabe sostener que *ni podrá cambiarse el sentido de sentencias ya firmes* que ordenaron la devolución sólo desde el 9 de mayo de 2013 (*ex art. 222 LEC*), *ni procede el recurso de revisión* pues no se dan los motivos del art. 510 LEC (que contempla revisión por sentencias posteriores del TEDH, pero no del TJUE; en este sentido, STS 18 febrero 2016), *ni, probablemente, pueda darse curso* al nuevo procedimiento entablado por *quienes en su demanda no plantearon la retroactividad* sino que, aquietándose a la jurisprudencia del TS pidieron el desembolso de los pagos indebidos satisfechos, pues lo impediría el art. 400.2 LEC. Mucho más dudosa es la *eficacia o ineficacia de los pactos entre consumidor y entidad financiera por los que aquél renunció a ejercer futuras acciones* para reclamar las cantidades anteriores a 2013 a cambio de ciertas ventajas, compensaciones o pagos parciales por parte del banco (algunas SAPs anteriores a esta STJUE ya consideraron nulas tales renunciaciones y novaciones, incluso formalizadas ante Notario: *vid. ad ex.* SAP Zaragoza [sec. 5<sup>a</sup>] 22 noviembre 2016 o SAP Palencia 14 noviembre 2016).

27. En tercer lugar, ¿puede exigirse responsabilidad patrimonial al Estado español por infracción del Derecho de la Unión Europea por el Tribunal Supremo? A mi entender la *respuesta debe ser negativa*, porque éste no consumó una “violación del Derecho de la Unión suficientemente caracterizada” ni se produjo “desconocimiento manifiesto” de la jurisprudencia del TJUE, pues éste se pronuncia por primera vez en esta STJUE 21 diciembre 2016 sobre el alcance mínimo de la ineficacia de las cláusulas abusivas, interpretando novedosamente el “no vincularán” y además liga el control de transparencia (arts. 4.2 y 5) con la abusividad (arts. 3 y 6) de manera hasta la fecha elusiva, aunque seguramente no podrá decirse lo mismo a partir del dictado de la STJUE 26 enero 2017 (*Banco Primus*), de cara a las próximas SSTS sobre la materia. Así se infiere de la jurisprudencia del TJUE desde la sentencia 30 septiembre 2003 (*Köbler*)<sup>41</sup> a

<sup>40</sup> STJUE 16 enero 2014, *Constructora Principado SA y José Ignacio Menéndez Álvarez*, asunto C-226/12.

<sup>41</sup> STJCE 30.9.2003, *Gerhard Köbler c. República de Austria*, asunto C-224/01. El desarrollo de la doctrina del TJUE sobre la responsabilidad del Estado-Juez se fue consolidando con la STJUE 13.6.2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. República Italiana*, asunto C-173/03; STJUE 24.11.2011, *Comisión Europea c. República Italiana*, asunto C-379/10; STJUE 9.9.2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros c. Estado portugués*, asunto C-160/14; STJUE 6.10.2015, *Dragoș Constantin Târșia c. Statul român y Serviciul public comunitar regim permise de conducere si inmatriculare a autovehiculelor*, asunto C-69/14). A los tres requisitos tradicionales sobre la responsabilidad del Estado-legislador diseñados por la STJUE 19 noviembre 1991 (*Andrea Francovich c. República italiana, Bonifaci y otros c. República italiana*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90), esto es, que la norma europea vulnerada confiera derechos a los particulares, que la infracción esté suficientemente caracterizada y que exista causalidad directa entre infracción y perjuicio (un examen reciente sobre esos tres requisitos puede verse en E, GUICHOT, “La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la juris-

la sentencia 28.7.2016 (*Tomášová*)<sup>42</sup>; precisamente en esta última no aplicar el tribunal de última instancia en 2008 el control de oficio de cláusulas abusivas no se considera violación del Derecho de la UE por entender que la jurisprudencia del TJUE sobre ello se consolidó en 2009. Lo mismo cabría decir con esta STJUE 21 diciembre 2016 sobre ineficacia y transparencia, y más evidente resulta que no había jurisprudencia reiterada con la lectura de las conclusiones del AG MENGOZZI, que suponen –en sus afirmaciones sobre el carácter “neutro” de los conceptos del art. 6.1, la ausencia de pronunciamiento anterior del TJUE y la, a su juicio, incompetencia del TJUE para pronunciarse sobre el art. 6.1 (y la incompetencia, a nuestro juicio, no sobre esto, sino sobre su ligazón con el art. 4.2)–, un importante refuerzo argumental a la inexigibilidad de responsabilidad estatal por esta causa. El art. 32.5 de la Ley 40/2015 plasmó los requisitos de la jurisprudencia europea respecto al Estado-*legislador*, por lo que no sería aplicable a este supuesto; la vía del art. 32.7 de esa Ley, sobre la responsabilidad “por el funcionamiento de la Administración de Justicia” remite a los arts. 292 a 296 LOPJ, en los que, además de haber de aplicar de nuevo la “caracterización suficiente” de la infracción, existen distintos obstáculos adicionales que hacen improbable que esa pretensión de responsabilidad prosperara a favor de los consumidores.

28. En cuarto lugar, el *Tribunal Supremo* tendrá que cambiar su jurisprudencia y ajustar sus argumentos, presumiblemente, a la abusividad ponderada que, según el TJUE, deriva del control de transparencia, incluida, por supuesto, la retroactividad plena de la ineficacia. Posiblemente sería mejor y cumpliría tanto el principio de equivalencia y como el de efectividad llegar a la misma vía de la ineficacia *ex tunc* mediante la no incorporación de la cláusula suelo que no se redactó de manera clara y comprensible, entendiéndose igualmente la comprensibilidad en un sentido amplio, material y no meramente literal o formal; aunque tanto la STJUE 21 diciembre 2016 (*Gutiérrez Naranjo*) como la STUE 26 enero 2016 (*Banco Primus*), al perfilar novedosamente el control de transparencia y establecer que esto corresponde al TJUE y no a los Estados Miembros (con la grave sospecha de actuar *ultra vires*, como se sostiene en este comentario), han introducido una dificultad sobrevenida a ese planteamiento, no sólo en España, sino también en otros Estados miembros.

29. En nuestro contexto, sin embargo, no sólo hay que apuntar hacia el Tribunal Supremo al evaluar el desconcierto en esta materia en los últimos años; el TS ha bregado como ha podido con lagunas legislativas y con temas especialmente complicados sobre los que no había una construcción definida del TJUE en todos los aspectos. Sino que especialmente hay que *exigir a un legislador español negligente y silente* que ni transpuso el art. 4.2 ni actuó para aclarar sus puntos capitales ni antes ni después de las SSTs de 2013 y 2015, pudiendo (véase la inane reforma del art. 80 TR-LGDCU por ley 3/2014 sobre el tamaño mínimo de la letra en los contratos de adhesión) *que se ponga a trabajar*, con el debido sosiego, reflexión y debate, pero sin pausa, sobre tantos aspectos de difícil política legislativa relacionados con las cláusulas abusivas. Sólo así se inyectará seguridad jurídica (con “transparencia”) en un sistema que tan necesitado anda de ella. Otros legisladores de nuestro contexto próximo, como el Reino Unido (*Consumer Rights Act 2015*) y Francia (reforma del *Code* en 2016) han abordado recientemente algunas de estas cuestiones. ¿No es tiempo de hacerlo aquí?

---

prudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 60, octubre-diciembre 2016, pp. 40-101), el *corpus* jurisprudencial citado añadió que el órgano jurisdiccional infractor haya de ser aquel que resuelva en última instancia (v. gr., STJCE 30 septiembre 2003, *Köbler*, §§ 33 y 52 y STJUE 28 julio 2016, *Tomášová*, § 23, nota siguiente). Como se puede apreciar, salvo el requisito de la caracterización suficiente de la infracción, el resto de requisitos se dan respecto a las SSTs sobre las cláusulas suelo.

<sup>42</sup> STJUE 28.7.2016, *Milena Tomášová c. Ministerstvo spravodlivosti SR, Pohotovost s. r. o.*, con intervención de *Združenie na ochranu občana spotrebiteľa HOOS*, asunto C-168/15. Según esta sentencia, “**únicamente** puede constituir una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, de la que pueda derivarse tal responsabilidad, *cuando*, mediante esa resolución, *dicho órgano jurisdiccional* [que resuelve en última instancia] *ha infringido manifiestamente el Derecho aplicable*, o en caso de que esta violación *se haya producido a pesar de existir una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia*”.

# EL FORUM RECONVENTIONIS. NOTA A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 12 DE OCTUBRE DE 2016, KOSTANJEVEC, AS. 185/15

## FORUM RECONVENTIONIS: COMMENTARY TO THE ECJ JUDGMENT OF 12 OCTOBER 2016, KOSTANJEVEC, C-185/15

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

*Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Sevilla*

Recibido: 15.01.2017 / Aceptado: 18.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3629>

**Resumen:** La Sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15, se refiere a la interpretación del art. 6.3 del Reglamento 44/2001. Se pidió al TJUE que dilucidara si el art. 6.3 del Reglamento 44/2001 permite que el tribunal que conoce de una demanda inicial derivada de un contrato pueda conocer de una reconvencción, mediante la cual se solicita, sobre la base de un enriquecimiento sin causa, el reembolso de una cantidad correspondiente al importe pactado en un acuerdo extrajudicial, a raíz de la anulación de la resolución judicial dictada en el procedimiento inicial entre las partes.

**Palabras clave:** ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001, concepto de reconvencción, pretensión basada en un enriquecimiento sin causa.

**Abstract:** The ECJ Judgment 12 October 2016, *Kostanjevec*, c-185/15, refers to the interpretation of art. 6.3 of Regulation 44/2001. The ECJ was asked whether art. 6.3 of Regulation 44/2001 allows the court which has jurisdiction for a claim arising out of a contract to hear a counterclaim seeking the reimbursement on the ground of unjust enrichment of a sum corresponding to the amount agreed in an extrajudicial settlement, following the setting aside of the judgment delivered in the original proceedings between the parties.

**Keywords:** temporal application of Regulation 44/2001, definition of counterclaim, claim based on unjust enrichment.

**Sumario:** I. Presentación de la STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15. 1. Hechos. 2. Cuestión prejudicial. II. Análisis de la STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15. 1. La aplicación del Reglamento 44/2001 en función de su ámbito temporal. 2. Los requisitos para la aplicación del art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012). 3. Concepto de reconvencción a efectos de la aplicación del art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012). 4. La relación entre la demanda inicial y la reconvencción en el art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012).

---

\* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto I+D+I DER 2014-58581-R, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y de Competitividad.

## I. Presentación de la STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15<sup>1</sup>

1. La Sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15, se dicta a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Vrhovno sodišče –Tribunal Supremo, Eslovenia–, en el marco de un litigio entre el Sr. Marjan Kostanjevec, con domicilio en Eslovenia, y F&S Leasing GmbH (en lo sucesivo, F&S), con domicilio social en Austria, derivado de un contrato de arrendamiento financiero. La cuestión prejudicial tenía por objeto la interpretación de los arts. 5.1, 6.3 y 15.1 del Reglamento (CE) núm. 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, si bien el TJUE no ha considerado necesario pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas, limitando su respuesta a los problemas interpretativos suscitados por el art. 6.3.

### 1. Hechos

2. F&S, que tiene su domicilio social en Austria, celebró el 14 de enero de 1994 un contrato de arrendamiento financiero con el Sr. Kostanjevec, domiciliado en Eslovenia. A raíz del impago de una serie de mensualidades vencidas, F&S presentó una demanda de ejecución el 26 de octubre de 1995, basada en un documento público con fuerza ejecutiva, con la que reclamaba la cantidad de 16.692,22 euros. Conforme a la legislación nacional, la oposición del Sr. Kostanjevec tuvo como consecuencia que el Okrožno sodišče v Ptuj (Tribunal Regional de Ptuj) conociera del asunto y que se iniciara un procedimiento judicial sobre la base de la mencionada demanda de ejecución. Este órgano jurisdiccional condenó al Sr. Kostanjevec, mediante Sentencia de 28 de abril de 2004, al pago de la cantidad de 16.692,22 euros, más intereses contractuales y costas. El Sr. Kostanjevec interpuso un recurso de apelación ante el Višje sodišče v Mariboru (Tribunal de Apelación de Marburgo), que fue desestimado mediante Sentencia de 11 de abril de 2006. En virtud de esta segunda Sentencia, la Sentencia del órgano jurisdiccional de primera instancia adquirió fuerza de cosa juzgada y carácter ejecutivo. El Sr. Kostanjevec siguió litigando e interpuso un recurso de casación ante el Vrhovno sodišče (Tribunal Supremo)<sup>2</sup>. No obstante, antes de que este tribunal se pronunciara sobre dicho recurso llegó a una transacción extrajudicial con F&S -el 31 de julio de 2006-, en cuya virtud el Sr. Kostanjevec abonaría, a más tardar el 30 de agosto de 2006, la cantidad principal de 16.692,22 euros, más las costas y gastos relativos a la ejecución.

3. El problema vuelve a surgir cuando el Vrhovno sodišče (Tribunal Supremo, Eslovenia), mediante Auto de 9 de julio de 2008, anula la Sentencia de 28 de abril de 2004 del Okrožno sodišče v Ptuj (Tribunal Regional de Ptuj), así como la Sentencia de 11 de abril de 2006 del Višje sodišče v Mariboru (Tribunal de Apelación de Marburgo), devolviendo el asunto al tribunal de primera instancia para que fuera juzgado nuevamente. A raíz de esta devolución, el Sr. Kostanjevec presentó ante el Okrožno sodišče v Ptuj (Tribunal Regional de Ptuj) una reconvenición, solicitando que F&S le reembolsase la cantidad de 18.678,45 euros que había abonado el 30 de agosto de 2006 en virtud de la referida transacción extrajudicial, más los intereses de demora.

4. El caso dio un giro completo, pues en esta segunda fase el Okrožno sodišče v Ptuj (Tribunal Regional de Ptuj) dictó una Sentencia el 4 de noviembre de 2009, desestimando la pretensión de pago de F&S y estimando la reconvenición del Sr. Kostanjevec, en base a que éste no había recibido la mercancía objeto del contrato de arrendamiento financiero. F&S apeló ante el Višje sodišče v Mariboru (Tribunal de Apelación de Marburgo), que en su Sentencia de 31 de marzo de 2010, realizó consideraciones, poco claras en el relato de los hechos de la Sentencia, sobre la competencia judicial internacional de los tribunales eslovenos para conocer de este asunto en base al Reglamento 44/2001.

<sup>1</sup> ECLI:EU:C:2016:763.

<sup>2</sup> Según se aclara en las Conclusiones de la Abogada General, Sra. J. Kokott, presentadas el 2 de junio de 2016, C-185/15, *Kostanjevec* (ECLI:EU:C:2016:397), se denomina recurso de casación a lo que, conforme al derecho esloveno, se trata de una solicitud de revisión de un procedimiento ya concluido en firme (nota 5).

Y contra esta última sentencia, en virtud de la cual la Sentencia de primera instancia adquirió fuerza de cosa juzgada, F&S interpuso un recurso de casación ante el Vrhovno sodišče (Tribunal Supremo, Eslovenia), cuestionando la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales eslovenos. En opinión de F&S no se cumplían los requisitos relativos a una reconvencción, sin que fuera tampoco posible aplicar las disposiciones que regulan los litigios relacionados con los contratos celebrados por los consumidores en base a que el asunto principal no derivaba de un contrato de arrendamiento financiero ni de un contrato celebrado con un consumidor, sino que se refería a una acción basada en un enriquecimiento sin causa.

## 2. Cuestión prejudicial

5. El Vrhovno sodišče (Tribunal Supremo, Eslovenia) decidió suspender el procedimiento relacionado en el epígrafe anterior para plantear al TJUE tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los arts. 5.1, 6.3 y 15.1 del Reglamento (CE) núm. 44/2001. El TJUE sólo consideró necesario pronunciarse sobre la cuestión relativa al art. 6.3 del Reglamento 44/2001, debido a que en base a la interpretación que hizo de este precepto ya resultaban competentes los órganos jurisdiccionales eslovenos, sin que fuera necesario por tanto entrar a pronunciarse sobre la interpretación de los otros preceptos. Transcribimos por ello a continuación únicamente la cuestión que se formuló en relación con el art. 6.3 del Reglamento 44/2001, a fin de analizar después la respuesta que ofrece el TJUE.

*1) ¿Debe interpretarse el concepto de “reconvencción”, en el sentido del artículo 6, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001, de modo que comprenda también la demanda presentada como reconvencción con arreglo al Derecho nacional después de que, en un procedimiento de casación, hubiera sido anulada una sentencia que había adquirido cosa de fuerza juzgada y carácter ejecutivo y que había sido dictada en un procedimiento sobre una demanda principal presentada por el reconvenido, y este mismo litigio hubiera sido remitido al juez de primera instancia para un nuevo examen, cuando el reconveniente, en su reconvencción basada en el enriquecimiento injusto, solicita la restitución del importe que estuvo obligado a pagar en virtud de la sentencia que fue dictada en el procedimiento sobre la demanda principal y que fue posteriormente anulada?*

## II. Análisis de la STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. C-185/15

### 1. La aplicación del Reglamento 44/2001 en función de su ámbito temporal

6. Uno de los aspectos más sorprendentes del caso que analizamos es su duración. Como se desprende de los hechos, el litigio se refiere a un contrato de arrendamiento financiero celebrado el 14 de enero de 1994, en relación con el cual se produce un incumplimiento que da lugar a la presentación de una demanda de ejecución el 26 de octubre de 1995. Más de 20 años después, y tras recorrer una primera vez las diversas instancias del sistema procesal esloveno a raíz de la demanda interpuesta por F&S, y una segunda vez a raíz de la reconvencción interpuesta por el Sr. Kostanjevec, el litigio ha dado lugar a la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en la Sentencia de 12 de octubre de 2016, que ahora analizamos.

7. En un intervalo de tiempo tan largo no puede sorprender que surja alguna cuestión relacionada con el ámbito temporal del Reglamento 44/2001. Para enmarcar la cuestión debemos reseñar previamente dos circunstancias relevantes. Por una parte, en el espacio de tiempo que dura este asunto hemos asistido a la sustitución del *Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, por el *Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, que se encuentra ya derogado y sustituido a su vez por el *Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del*

*Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)*<sup>3</sup>. Por otra parte, en el momento en que se inició este asunto Eslovenia no era aún Estado miembro de la Unión Europea, dado que su adhesión se produjo el 1 de mayo de 2004. Este país se incorporó a la Unión Europea en un momento en que la norma aplicable era ya el Reglamento 44/2001, cuya entrada en vigor se había producido con carácter general el 1 de marzo de 2002, y para Eslovenia y otros países que formaron parte del mismo proceso de ampliación, el 1 de mayo de 2004.

8. Como el Reglamento 44/2001 disponía en su art. 66.1 que sus disposiciones serían aplicables a las acciones judiciales ejercitadas con posterioridad a su entrada en vigor<sup>4</sup>, se planteó la duda de si era aplicable al caso que analizamos. Recuérdese que la primera acción judicial fue una demanda de ejecución presentada por F&S el 26 de octubre de 1995, y que fue a raíz del Auto del Vrhovno sodišče (Tribunal Supremo, Eslovenia) de 9 de julio de 2008, que devolvió el asunto al tribunal de primera instancia para que fuera juzgado nuevamente, cuando el Sr. Kostanjevec planteó una reconvenición solicitando que se le reembolsase la cantidad que ya había abonado. En relación con estos hechos, el problema que concretamente se planteaba no era si la reconvenición se había interpuso con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Reglamento 44/2001 en Eslovenia<sup>5</sup>, pues claramente se había interpuesto con posterioridad, sino si cabía considerarla como una acción judicial en el sentido del Art. 66.1 o como una continuación de un procedimiento ya iniciado. De ello dependía la aplicación del Reglamento 44/2001, lo cual condicionaba a su vez que la cuestión prejudicial fuera admisible.

9. Según refleja el texto de la Sentencia, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad, señalando que si se consideraba que este procedimiento era una prolongación de la acción ejercitada a raíz de la demanda de ejecución presentada por F&S el 26 de octubre de 1995, el Reglamento 44/2001 era inaplicable (p.26). Pero la Sentencia se decantó por estimar que la reconvenición presentada por el Sr. Kostanjevec sí era una acción judicial en el sentido del art. 66.1, subrayando que la resolución judicial dictada a raíz de la demanda de ejecución presentada por F&S ya había adquirido fuerza de cosa juzgada conforme a las normas procesales de Eslovenia. En palabras del Tribunal, estábamos ante una pretensión de reembolso formulada en el marco de un nuevo examen de una demanda principal, examen que venía motivado por la anulación de la resolución judicial que se había dictado en relación con dicha demanda y que había adquirido fuerza de cosa juzgada. En estas circunstancias, la reconvenición presentada por Sr. Kostanjevec debía calificarse como acción judicial en el sentido del art. 66.1 Reglamento 44/2001 (pp. 27-28)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> El Convenio de Bruselas sigue aplicándose en los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito territorial del Convenio y que están excluidos del Reglamento en virtud del art. 355 TFUE (art. 68 Reglamento 44/2001 y art. 68 Reglamento 1215/2012).

<sup>4</sup> En la STJUE de 21 de junio de 2012, *Wolf Naturprodukte*, as. 514/10 (ECLI:EU:C:2012:367), se resolvió una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 66.2 del Reglamento 44/2001, relativo a la aplicación de las disposiciones del Reglamento en materia de reconocimiento y ejecución, en un asunto que vinculaba a la República Checa, país que también se adhirió a la UE el 1 de mayo de 2004. El Abogado General P.J. CRUZ VILLALÓN se refirió en sus Conclusiones a la entrada en vigor del Reglamento con carácter general, como acto de derecho que es de la Unión Europea, diferenciándola de la entrada en vigor para los Estados de reciente adhesión (p. 25), Conclusiones del Abogado General P. Cruz Villalón, presentadas el 2 de febrero de 2012, *Wolf Naturprodukte*, as. 514/10 (ECLI:EU:C:2012:54).

<sup>5</sup> Sobre la fecha de interposición de la acción a efectos de aplicar el Reglamento existen posturas encontradas en torno a si puede aplicarse analógicamente lo dispuesto en el art. 30 del Reglamento 44/2001, art. 32 del Reglamento 1215/2012 (Al respecto vid. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe*, 5ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, Cedex, 2015, p. 76; P. MANKOWSKI, "Article 66", U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), ECPIL. *European Commentaries on Private International Law. Vol. I Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2016, pp. 1013-1014; A. DICKINSON, "Article 66", *The Brussels I Regulation Recast*, A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 558-559).

<sup>6</sup> En sentido favorable a la consideración de la reconvenición como una acción judicial a efectos de aplicar el art. 66 ya se había mostrado A. DICKINSON, señalando incluso que podría dar lugar, tal como sucede en el presente caso, a que la demanda inicial y la reconvenición caigan en el ámbito temporal de diferentes normas, "Article 66", *The Brussels I Regulation Recast*, A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), op. cit., p. 559.

## 2. Los requisitos para la aplicación del art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012)

10. El art. 6.3 del Reglamento 44/2001 dispone que las personas domiciliadas en un Estado miembro también podrán ser demandadas: *si se tratare de una reconvención derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, ante el tribunal que estuviere conociendo de esta última*. El art. 8.3 del Reglamento 1215/2012 dispone lo mismo, por lo que haremos referencia también a este precepto, considerando que esta Sentencia será relevante de cara a su interpretación y aplicación. Como el TJUE ha señalado en numerosas ocasiones, sus Sentencias referidas a Instrumentos anteriores siguen siendo válidas cuando las normas puedan calificarse de equivalentes.

11. El art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012) es un foro especial, que permite demandar a las personas domiciliadas en un Estado miembro ante los tribunales de otro Estado miembro por razón de conexidad. El art. 6 del Reglamento 44/2001 (art. 8 del Reglamento 1215/2012) contempla varios foros por razón de conexidad: el foro de la pluralidad de demandados, el foro relativo al ejercicio de acciones en garantía e intervención de terceros, el foro para la acumulación de acciones reales y contractuales, además del foro de la reconvención que ahora analizamos. Este foro de la reconvención se vuelva a reiterar en los arts. 12.2, 16.3 y 20.2 Reglamento 44/2001 (arts. 14.2, 18.3 y 22.2 Reglamento 1215/2012) para los litigios relativos a contratos de seguro, consumo y trabajo.

12. Para que pueda aplicarse el art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012) deben cumplirse una serie de requisitos:

13. En primer lugar, el litigio debe responder a los criterios de carácter material, personal, territorial y temporal que delimitan el ámbito de aplicación del Reglamento. Debe referirse a una materia cubierta por el Reglamento y el demandado tiene que estar domiciliado en un Estado miembro, lo cual se cumplía en este caso –acción de enriquecimiento injusto, frente a un demandado domiciliado en Austria–. En la transición del Reglamento 44/2001 al Reglamento 1215/2012 no ha cambiado el ámbito personal de los foros especiales, que siguen sujetos para su aplicación al requisito de que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. En el caso de que el demandado estuviera domiciliado en un tercer Estado habría que acudir a las normas internas de competencia judicial internacional, en nuestro país a la LOPJ, que no contempla sin embargo el *forum reconvencionis*<sup>7</sup>. Sobre el ámbito territorial y temporal del Reglamento en relación con las circunstancias particulares de Eslovenia ya hemos tenido ocasión de reflexionar en el epígrafe anterior.

14. En segundo lugar, la reconvención debe implicar a las mismas partes que en la demanda inicial, tal como sucede en este caso, considerando que estamos ante un foro especial por razón de conexidad<sup>8</sup>. Como dice la STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15, el foro especial en materia de reconvención permite a las partes, en interés de una buena administración de la justicia, que se resuelva en el mismo procedimiento y ante el mismo juez, todas sus pretensiones recíprocas que tienen un origen común, evitándose así múltiples y superfluos procedimientos (p. 37).

<sup>7</sup> Tras la reforma de la LOPJ sólo se ha recogido un foro de conexidad, el relativo a la pluralidad de demandados –art. 22.ter.3–. En palabras de I. HEREDIA CERVANTES resulta difícil de entender por qué la reforma de la LOPJ sólo se ha aprovechado para introducir este foro, añadiendo en relación con el *forum reconvencionis* que razones de pura lógica interna de nuestro sistema obligan a desarrollarlo judicialmente, “Artículo 8.3”, *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Pérez Llorca, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, F.J. MONTERO MURIEL (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 322.

<sup>8</sup> Como señalan M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, el precepto sólo es aplicable cuando se trata de una reconvención entre las mismas partes que la demanda inicial; en caso de pluralidad de partes rige el principio de separabilidad, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, p. 154.



15. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional que conoce de la demanda inicial debe gozar de competencia judicial internacional, y esta competencia se va a extender al conocimiento de la reconvencción en virtud de lo dispuesto en el art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012). En relación con esta cuestión se ha planteado si la competencia judicial internacional para conocer de la demanda inicial debe venir determinada por las normas del propio Reglamento o si no es necesario al no requerirse expresamente<sup>9</sup>. Pues bien, la STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15, vendría a confirmar implícitamente que no es necesario que la competencia judicial internacional para conocer de la demanda inicial se base en las disposiciones del Reglamento, dado que la República de Eslovenia ni siquiera era Estado miembro de la Unión Europea en el momento en que esa demanda se presentó<sup>10</sup>.

### 3. Concepto de reconvencción a efectos de la aplicación del art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012).

16. La reconvencción es una figura que está presente en el Derecho procesal de los Estados miembros. Su regulación, tal como se ha señalado, suele responder a dos grandes rasgos homogéneos: el primero, que la reconvencción no es un mero medio de defensa, pues el demandado se convierte también en actor; y el segundo, que entre la demanda inicial y la reconvencción debe existir una cierta relación<sup>11</sup>. En el art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (8.3 del Reglamento 1215/2012) no se concreta el concepto de reconvencción, aunque sí se alude a la relación que debe existir entre la demanda inicial y la reconvencción a efectos de justificar la competencia judicial internacional en base a este foro de conexidad, tal como tendremos oportunidad de analizar en el siguiente epígrafe.

17. En relación con el concepto de reconvencción debemos referirnos a la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1995, *Danværn Production/Schuhfabriken Otterbeck*, as. 341/93<sup>12</sup>, dictada a propósito del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. El Abogado General, Sr. P. LEGER, en sus Conclusiones presentadas el 17 de mayo de 1995<sup>13</sup>, propuso una interpretación autónoma de este concepto, basada en una serie de rasgos que venían a coincidir básicamente con los que acabamos de mencionar: - la reconvencción ha de tratarse de una nueva demanda presentada durante el procedimiento por el demandado, que se convierte a su vez en demandante; - su objeto puede ser un derecho de cualquier naturaleza; - y su objetivo es que se pronuncie una condena distinta, sin limitarse a la mera desestimación de las pretensiones del demandante inicial (p. 26). La STJCE de 13 de julio de 1995 vino a recoger la interpretación propuesta, señalando que el concepto de reconvencción del art. 6.3 se refiere a las pretensiones formuladas por un demandado, con objeto de obtener una condena distinta de la mera desestimación de la demanda inicial (p. 16). La Sentencia añadió que esta disposición no se refería a las situaciones en la

<sup>9</sup> Al respecto *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 1, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 293.

<sup>10</sup> Este caso es no obstante peculiar por las circunstancias temporales en que se desarrolla. Realmente afecta a dos partes plenamente integradas en la Unión Europea (Austria y Eslovenia) en el momento en que se plantea la reconvencción. Cabría cuestionarse por ello si se extrapolaría esta misma solución a los supuestos en que la demanda inicial se hubiera basado en las normas nacionales de competencia judicial internacional, incluidos los foros exorbitantes, por tratarse de un caso en que el demandado inicial estuviera domiciliado en un tercer país. En sentido contrario se ha manifestado, M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, "Sobre la interpretación del artículo 6.3º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", *Revista española de Derecho internacional*, 1997, núm. 2, págs. 56-57. Pero en sentido favorable, y con unos argumentos que consideramos más convincentes, I. HEREDIA CERVANTES subraya que el hecho de que la norma nacional de competencia judicial internacional pudiera calificarse de exorbitante no significa que adquiera también dicho carácter con respecto a quien es el sujeto demandado en la reconvencción, dado que dicho sujeto se vería emplazado ante los mismos órganos jurisdiccionales que eligió para su demanda inicial, "Artículo 8.3º", *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Pérez Llorca, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, F.J. MONTERO MURIEL (coords.), op. cit., pp. 322-323.

<sup>11</sup> M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, "Sobre la interpretación del artículo 6.3º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", op. cit., pp. 48 y ss.

<sup>12</sup> STJCE de 13 de julio de 1995, *Danværn Production/Schuhfabriken Otterbeck*, as. 341/93 Rec. 1995, p. 2053 (ECLI:EU:C:1995:239).

<sup>13</sup> ECLI:EU:C:1995:139.

que un demandado invoca, como medio de defensa, un crédito del que supuestamente es titular frente al demandante, pues los medios de defensa susceptibles de ser invocados y las condiciones en que pueden serlo se rigen por el derecho nacional (p. 18). Como cabe observar, en esta Sentencia se abordaba el problema de la compensación de créditos que puede invocar el demandado frente a la demanda de que es objeto, y si esta actuación debía calificarse como reconvencción o como medio de defensa, lo cual tiene su incidencia en el plano de la competencia judicial internacional, que es una cuestión que aún hoy sigue planteando problemas interpretativos<sup>14</sup>.

18. La STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15, ha retomado el concepto de reconvencción fijado en el caso *Danværn Production/Schuhfabriken Otterbeck*. En sus Conclusiones, la Abogado General, Sra. J. KOKOTT<sup>15</sup>, señaló que estábamos ante una reconvencción en base a las siguientes consideraciones: la petición de devolución del pago realizado sin causa jurídica era una pretensión independiente del arrendatario (Sr. Kostanjevec) frente a la pretensión inicial de pago del arrendador (F&S); y tal pretensión no constituía un mero medio de defensa (p. 41). Efectivamente, en este caso no se pretendía únicamente que se desestimara la demanda de pago inicial, sino que el Sr. Kostanjevec pedía además que se le devolviera la cantidad indebidamente entregada. La STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15, recogió posteriormente las mismas consideraciones de la Abogado General (p. 34).

19. Puede sorprender el momento procesal en que se interpone esta reconvencción. Como quedó reflejado en la narración de los hechos, el Sr. Kostanjevec ya había sido condenado al pago de una determinada cantidad mediante una Sentencia que había adquirido fuerza de cosa juzgada, y no fue hasta el Auto del Vrhovno sodišče (Tribunal Supremo) que anula dicha Sentencia y que devuelve el asunto al tribunal de primera instancia para que fuera juzgado nuevamente, que surge la pretensión para la obtención de lo indebidamente entregado en virtud de un acuerdo extrajudicial. Tal como se ha señalado, la normativa europea se refiere únicamente a la regulación de la competencia judicial internacional y territorial; otras condiciones de admisibilidad, tales como el momento procesal oportuno, contenido... las establecerá, en principio, el ordenamiento procesal del Estado miembro concernido, con el límite de que no puede atentar contra el efecto útil del Reglamento<sup>16</sup>. Por tanto, si con arreglo al derecho procesal de Eslovenia y en función de las circunstancias tan particulares de este caso era admisible en este momento la reconvencción, hay que entender que es una cuestión que correspondía determinar al derecho interno.

#### 4. La relación entre la demanda inicial y la reconvencción en el art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012).

20. El art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012) supedita la operatividad de este foro a que se trate de una reconvencción derivada del contrato o hecho en que se fundamenta la demanda inicial. En el Informe JENARD, a propósito del Convenio de Bruselas, se señalaba que la reconvencción debía ser una demanda conexas a la demanda principal, añadiéndose a continuación que como el concepto de conexidad no se conocía en todas las legislaciones se tomó como modelo el

<sup>14</sup> Al respecto vid. M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, op. cit., pp. 155-156; I. HEREDIA CERVANTES, “Artículo 8.3”, *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Pérez Llorca, P. BLANCO MORALES LIMONES, F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, F.J. MONTERO MURIEL (coords.), op. cit., pp. 324 y ss.; M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, “Sobre la interpretación del artículo 6.3° del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968”, op. cit., pp. 61 y ss.; H. MUIR WATT, “Article 8”, U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *ECPIL. European Commentaries on Private International Law. Vol. I Brussels Ibis Regulation*, op. cit., p. 402.

<sup>15</sup> Vid. supra nota 2.

<sup>16</sup> M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, op. cit., p. 154; F. GARAU SOBRINO, “Artículo 6”, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, A.L. CALVO CARAVACA (ed.), Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1994, pp. 186-187; I. HEREDIA CERVANTES, “Artículo 8.3”, *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Pérez Llorca, P. BLANCO MORALES LIMONES, F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, F.J. MONTERO MURIEL (coords.), op. cit., p. 321.

derecho belga y de ahí que se hiciera una referencia a que derivara del contrato o hecho en que se fundamentase la demanda inicial<sup>17</sup>. En relación con este Informe se ha señalado que lo que vino a poner de manifiesto fue las dificultades que encontraron los redactores del Convenio para dar con la fórmula que expresara la necesidad de que la reconvención presentara una cierta vinculación con la demanda inicial, que era lo que realmente se pretendía, y que por ello el precepto debe ser objeto de una interpretación amplia que permita el planteamiento de la reconvención aun cuando no derive del mismo contrato o hecho que fundamente la demanda inicial<sup>18</sup>.

**21.** En apoyo de esa interpretación flexible se han ofrecido otros argumentos. Por una parte, los ordenamientos de los Estados miembros que sirvieron de inspiración para la incorporación en su día de este foro de competencia judicial internacional son más flexibles que el Reglamento, pues suelen referirse con carácter general a una relación de conexidad<sup>19</sup>. De no permitirse la tramitación conjunta de ambas demandas en base a una interpretación estricta del art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012), se puede generar una dualidad de procedimientos, que lleve al tribunal que conoce en segundo lugar a suspender el procedimiento o incluso inhibirse en el marco de dispuesto en el art. 28 del Reglamento 44/2001 (art. 30 del Reglamento 1215/2012) con el coste adicional de tiempo y recursos que ello conlleva<sup>20</sup>. Se añade que no resulta lógico que pueda resultar más fácil atraer a un codemandado en virtud del art. 6.1 del Reglamento 44/2001 (art. 8.1 del Reglamento 1215/2012) ante los órganos jurisdiccionales del domicilio de otro codemandado, que plantear una demanda reconvencional<sup>21</sup>.

**22.** No obstante, y a pesar de todos esos argumentos, la letra del art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012) ha venido dando lugar a interpretaciones divergentes en la jurisprudencia, donde junto a decisiones que han admitido el juego de este precepto en demandas que no derivaban estrictamente de un mismo contrato -por ejemplo, demanda derivada de un contrato de distribución y de un contrato de compraventa celebrado en el marco de la ejecución del contrato de distribución-, ha habido otras que han descartado su aplicación<sup>22</sup>.

**23.** En la STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15, la pretensión de reembolso formulada en la reconvención se basa en un enriquecimiento sin causa, lo cual lleva a que se plantee la cuestión de si puede aplicarse el art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012), considerando el requisito de que la reconvención tiene que derivar del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial.

---

<sup>17</sup> Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil elaborado por el Sr. P. JENARD, DOCE Núm. C189/147, de 28 de julio de 1990.

<sup>18</sup> H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5ª ed., op. cit., pp. 331-332; M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, op. cit., p. 154; I. HEREDIA CERVANTES, "Artículo 8.3", *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Pérez Llorca, P. BLANCO MORALES LIMONES, F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, F.J. MONTERO MURIEL (coords.), op. cit., p. 323; H. MUIR WATT, "Article 8", U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *ECPII. European Commentaries on Private International Law. Vol. I Brussels Ibis Regulation*, op. cit., p. 401.

<sup>19</sup> M.E. ANCEL, "Article 8", *The Brussels I Regulation Recast*, A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), op. cit., p. 193. Para un análisis de derecho comparado a este respecto vid. M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, "Sobre la interpretación del artículo 6.3° del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", op. cit., pp. 49-50.

<sup>20</sup> H. MUIR WATT, "Article 8", U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *ECPII. European Commentaries on Private International Law. Vol. I Brussels Ibis Regulation*, op. cit., p. 401. El concepto de conexidad a efectos de aplicar el art. 28 del Reglamento 44/2001 (art. 30 del Reglamento 1215/2012) es menos restrictivo, dado que en estos preceptos no se recoge un foro de competencia judicial internacional, sino una solución discrecional para el juez que conoce del procedimiento que se ha entablado en segundo lugar, bien de suspender el procedimiento o bien de declinar su competencia en favor del primer órgano jurisdiccional. Al respecto vid. F. GARAU SOBRINO, "Artículo 6", *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, A.L. CALVO CARAVACA (ed.), op. cit., p. 186; M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, "Sobre la interpretación del artículo 6.3° del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", op. cit., pp. 54-55.

<sup>21</sup> M.E. ANCEL se refiere particularmente a la aplicación de este foro en la STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, as. 98/06, "Article 8", *The Brussels I Regulation Recast*, A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), op. cit., p. 194.

<sup>22</sup> En este sentido, H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5ª ed., op. cit., p. 332.

24. La Abogado General, Sra. J. KOKOTT, justificó la aplicación del art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012), apoyándose en los Reglamentos Roma I y Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales respectivamente: “*Los Reglamentos Roma I y Roma II parten claramente del principio de que para una retrocesión de prestaciones basada en el enriquecimiento injusto es determinante la ley aplicable al contrato en que se basan dichas prestaciones de manera que, en último término, consideran que el origen del argumento del enriquecimiento injusto está en el contrato en cuyo cumplimiento se efectuó la prestación controvertida*” (p. 47).

25. El recurso a los Instrumentos sobre ley aplicable se ha venido proponiendo hasta ahora en la doctrina para delimitar el ámbito de aplicación de los foros especiales en materia contractual y delictual o cuasidelictual (arts. 5.1 y 5.3 del Reglamento 44/2001, arts. 7.1 y 7.2 del Reglamento 1215/2012, respectivamente)<sup>23</sup>, también en relación con los supuestos de enriquecimiento sin causa. El art. 12 del Reglamento Roma I, que precisa el ámbito de la ley aplicable al contrato, incluye las consecuencias derivadas de la nulidad del contrato. Como se ha señalado, este precepto se ocupa de una hipótesis de enriquecimiento sin causa, pues se refiere a la obligación de restituir las prestaciones recibidas en cumplimiento de un contrato declarado nulo o anulado<sup>24</sup>, para la que se propone en el plano de la competencia judicial internacional la calificación de materia contractual<sup>25</sup>. Recientemente así lo ha confirmado el TJUE en su Sentencia de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM*, as. 366/13 (p. 58)<sup>26</sup>. Más allá de este supuesto derivado de la nulidad de un contrato, el art. 10 del Reglamento Roma II se ocupa con carácter general del enriquecimiento injusto, estableciendo, como primera solución, que 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 hecho dañoso, estrechamente vinculada a ese enriquecimiento injusto, la ley aplicable será la que regule dicha relación<sup>27</sup>. Pues bien, esa vinculación con una relación preexistente se ha propuesto llevarla al plano de la competencia judicial internacional para englobar el enriquecimiento sin causa en el foro especial relativo a la materia contractual o extracontractual, en función de cual fuera la relación de la que deriva<sup>28</sup>; aunque hay también autores que se decantan por dar preferencia al hecho de que la solución se recoge en el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, para proponer que así suceda también en relación con el foro especial<sup>29</sup>.

26. En cualquier caso, en el marco del art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012) entendemos que no resulta necesario identificar si el enriquecimiento sin causa se vincula a la materia contractual o extracontractual, pues no se trata aquí de determinar la preferencia de un foro especial del art. 5 del Reglamento 44/2001 (art. 7 del Reglamento 1215/2012) sobre otro. De hecho, la Abogado General, Sra. J. KOKOTT, cuando reflexiona sobre la interpretación del art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012), no entra a calificar la naturaleza contractual o extracon-

<sup>23</sup> Puede citarse en este sentido la STJCE de 8 de marzo de 1988, *Arcado/Haviland*, as. 9/87, *Rec.* 1988, p. 1539 (ECLI:EU:C:1988:127), que se refirió al art. 10 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, para reforzar su conclusión acerca del carácter contractual del litigio (p. 15). En este sentido P. MANKOWSKI, “*Article 7*”, U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *ECPII. European Commentaries on Private International Law. Vol. I Brussels Ibis Regulation*, op. cit., pp. 165-166.

<sup>24</sup> - D. MOURA VICENTE, “El enriquecimiento sin causa en el Reglamento de Roma II”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2016, Vol. 8, nº 2, p. 301.

<sup>25</sup> - H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5ª ed., op. cit., p. 213; P. MANKOWSKI, “*Article 7*”, U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *ECPII. European Commentaries on Private International Law. Vol. I Brussels Ibis Regulation*, op. cit., p. 175.

<sup>26</sup> ECLI:EU:C:2016:282.

<sup>27</sup> Para un análisis de este precepto vid. D. MOURA VICENTE, “El enriquecimiento sin causa en el Reglamento de Roma II”, op. cit., pp. 302 y ss.

<sup>28</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5ª ed., op. cit., p. 218. En una línea similar se manifiestan M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, op. cit., p. 129.

<sup>29</sup> - E. LEIN, “*Article 7.2*”, *The Brussels I Regulation Recast*, A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), op. cit., p. 160.

tractual del enriquecimiento sin causa<sup>30</sup>, sino que se refiere a Roma I y Roma II para reforzar su conclusión de que la acción de enriquecimiento sin causa tiene su origen en el contrato, independientemente de la naturaleza de esta pretensión. En la misma línea, la STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, as. 185/15, aunque sin referirse a los Instrumentos sobre ley aplicable, también se centra en el origen del enriquecimiento sin causa, señalando que “*el supuesto de enriquecimiento por importe de la cantidad abonada en ejecución de la sentencia anulada posteriormente no se habría producido sin dicho contrato*” (p. 38). Esta forma de entender los requisitos del art. 6.3 del Reglamento 44/2001 (art. 8.3 del Reglamento 1215/2012), referentes a que la reconvención derive del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, entendemos que viene a flexibilizar la interpretación de este precepto en el sentido demandando por la doctrina, pues se pone el acento en que efectivamente haya una conexión entre la demanda inicial y la reconvención.

---

<sup>30</sup> . Si lo hace en relación con la interpretación del art. 5.1, al que también se refería la cuestión prejudicial, decantándose por considerar que en este caso estamos ante una materia contractual. Se trata no obstante de unas consideraciones que realiza con carácter cautelar, dado que ya se había pronunciado favorablemente sobre la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales eslovenos en base al foro de la reconvención, y con unas consideraciones que estimamos poco detalladas (pp. 58-61).

LA APARENTE CORRECCIÓN PARCIAL DEL CONTROL  
DE TRANSPARENCIA A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 21  
DE DICIEMBRE DE 2016

THE APPARENT PARTIAL CORRECTION OF THE  
TRANSPARENCY CONTROL REGARDING THE CJEU  
JUDGEMENT OF 21ST DECEMBER 2016

M<sup>a</sup> ISABEL DOMÍNGUEZ YAMASAKI

*Prof.<sup>a</sup> Asociada de Derecho Civil*

*Universidad Pública de Navarra*

*Doctoranda en Derecho Privado*

*Universidad Pública de Navarra y Universidad de Salamanca*

Recibido: 15.01.2017 / Aceptado: 23.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3630>

**Resumen:** Con la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, se pone al descubierto la defectuosa interpretación llevada a cabo en la creación jurisprudencial del control de transparencia. A nuestro juicio, los errores manifiestos que afectan a este nuevo control tienen su origen en una interpretación de la norma motivada por la intención de favorecer al consumidor con la creación *ex professo* del referido control, a la vez que se intentan dulcificar las consecuencias derivadas de la sanción de nulidad que las entidades de crédito han de soportar. Producida la primera llamada de atención, sería una grave equivocación obviar la necesidad de revisar nuestra doctrina jurisprudencial, que se ha visto desbordada al procurar la complacencia de las partes implicadas.

**Palabras clave:** control de transparencia, protección de consumidores, inseguridad jurídica, nulidad, restitución, cuestión prejudicial.

**Abstract:** The faulty interpretation carried out in the recent case-law relative to control of transparency has been brought to light with the CJEU's ruling of 21st December 2016, *Gutiérrez Naranjo and others*, C-154/15, C-307/15 and C-308/15. It is our belief that the errors revealed that affect this new control have their origin in an interpretation of the regulation motivated by, on the one hand, the intention to benefit the consumer with the deliberate creation of said control and, on the other hand, the attempt to soften the consequences from the nullity sanction that lending entities must endure. After a first warning, it would be a grave mistake to ignore the need to review our case-law doctrine, which is overwhelmed by seeking to satisfy all parties involved.

**Keywords:** transparency control, consumer protection, legal uncertainty, nullity, restitution, preliminary ruling.

**Sumario:** I. A vueltas con el deber de transparencia. 1. Introducción: el concepto de «control de transparencia» 2. Principales problemas relativos a la configuración jurisprudencial del control de transparencia. A) Inseguridad jurídica. B) La forzada distinción teórica y práctica entre transparencia *formal y material*. II. Injustificada irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. 1. Pretendida protección del orden público económico. 2. Normas jurídico positivas

alegadas para la limitación de los efectos retroactivos del art. 1303 CC. 3. La desafortunada ausencia de referencia directa a la equidad. 4. El efecto restitutorio en los contratos de larga duración. III. El control de transparencia a la luz de lo previsto por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Aproximación a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15. 2. Relación entre falta de transparencia y la declaración de abusividad. 3. Noción de comprensibilidad real. 4. Carácter abierto del art. 6.1 de la Directiva 93/13 y la competencia del legislador nacional. IV. Conclusiones

## I. A vueltas con el deber de transparencia

### 1. Introducción: el concepto de «control de transparencia»

1. Hasta la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 3088/2013) la protección sustantiva dispensada al adherente en el ámbito de la contratación por adhesión se proyectaba, por un lado, en el control de incorporación o inclusión –*ex* arts. 5 y 7 de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación* («LCGC» en adelante), y el art. 80 del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en lo sucesivo «TRLGDCU»)- y, por otro, en el control de contenido –conforme al art. 8 LCGC y los arts. 82 y ss. TRLGDCU-. Sin embargo, a partir de entonces se ha introducido en nuestro ordenamiento el denominado «control de transparencia», que se define en la mencionada sentencia como «*parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, (...), cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*»<sup>1</sup>.

2. La novedad introducida por la citada sentencia radica en la declaración de nulidad de las cláusulas controvertidas por un defecto de transparencia. Antes de la STS de 9 de mayo de 2013, el examen sobre la transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas se incardinaba en el control de incorporación. En el caso que nos ocupa, entiende el Tribunal Supremo que las entidades predisponentes cumplieron los requisitos necesarios para la incorporación de las cláusulas limitativas a la variación del tipo de interés, por lo que éstas se consideraron válidamente incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario. Es en este punto en el que se introduce la relación entre control de incorporación y la noción de transparencia *formal* o *documental*. En lo que respecta al control de contenido, *ex* arts. 8 LCGC y 82 TRLGDCU, también se concluye que las cláusulas controvertidas son lícitas, sin que provoquen desequilibrio alguno de acuerdo con los parámetros establecidos para el examen de su contenido.

3. Así, aunque el deber de transparencia en la redacción del clausulado se había venido exigiendo en el ámbito del control de incorporación<sup>2</sup>, la denominada transparencia *material* se traslada al ámbito de un nuevo control: el de transparencia, independiente del de incorporación<sup>3</sup>. El control de transpa-

<sup>1</sup> Definición del control de transparencia reiterado por la jurisprudencia en sus SSTS de 26 de mayo de 2014 (*RJ* 3880/2014), de 3 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014/5274/2014), de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 845/2015) y de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2042/2015), entre otras.

<sup>2</sup> *Vid.* la STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 8857/2012).

<sup>3</sup> Acerca del control de transparencia, como un control con entidad propia e independiente del resto de mecanismos de protección al adherente, Á. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO, “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013, p. 173, señalan, además, su independencia del control de contenido y del error como vicio del consentimiento, recogido en el art. 1266 CC. Sobre el error vicio, E. CORDERO LOBATO, “Sentencia de 9 de octubre de 2013. El control de transparencia de las cláusulas suelo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, 2014, p. 580, y E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, “Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?”, *Revista*

rencia incide sobre la validez y eficacia de la cláusula predispuesta –que es lo que la jurisprudencia ha denominado *parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta*–, en aras de procurar el *justo equilibrio prestacional* y, a su vez, una *material comprensibilidad de las condiciones generales*<sup>4</sup>. En este sentido, conforme a las SSTs de 25 de marzo de 2015 (RJ 735/2015) y de 29 de abril del mismo año, una condición general o cláusula predispuesta podrá ser declarada abusiva «*si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación*»<sup>5</sup>. Postura que también se ha mantenido en sentencias más recientes como en la de 3 de junio de 2016 (RJ 2306/2016), en la que se relaciona la *falta de transparencia* con un *desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor*-. Nos hallamos ante un adherente desinformado que, debido a ello, no ha podido valorar adecuadamente los aspectos esenciales del contrato a celebrar<sup>6</sup>. No obstante, esta relación entre desequilibrio subjetivo y abusividad no ha sido aceptada por una parte de la doctrina<sup>7</sup> que, siguiendo el texto de la norma, entiende que para considerar una cláusula como abusiva ésta tendría que provocar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, que atente contra el principio de buena fe y lleve aparejado un perjuicio para el adherente –*ex art. 82 TRLGDCU*–.

4. Hay dos cuestiones en particular que plantean cierta confusión en relación al propio significado del control de transparencia. Por un lado, la relativa a si el control de transparencia se refiere a la «*plasmación del principio de transparencia real en el marco general del control de abusividad*» –según la STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 4660/2014) o en el Voto Particular emitido en la STS de 25 de marzo de 2015– o si bien sería reconducible al ámbito del control de incorporación. Por otro, no queda del todo claro cuál ha de ser su ámbito de actuación, dada su consideración como control de *legalidad* o de *idoneidad* respecto de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, planteándose si se trata de un control que va más allá del examen de la cláusula controvertida. Siendo, entonces, necesario valorar cuestiones tales como la publicidad o el desarrollo de los tratos preliminares.

5. En cuanto a la identidad propia del control de transparencia, hemos hecho referencia a que éste es un control autónomo e independiente de los controles expresamente recogidos en nuestras normas. No obstante, de acuerdo con la evolución de los pronunciamientos jurisprudenciales, tal vez, cabría su recon-

---

*Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2015, p. 5, este último poniendo de manifiesto la posibilidad de salvar la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad recurriendo a la figura del error, dada la aplicación sin límite alguno del art. 1303 CC, conforme a la consolidada jurisprudencia relativa a contratos de permuta financiera y adquisición de participaciones preferentes.

<sup>4</sup> F. J. ORDUÑA MORENO, *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 45y ss.

<sup>5</sup> Valoración que acoge la tesis propuesta por F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 142, en cuanto a que el defecto de transparencia sobre las cláusulas definidoras del objeto principal del contrato puede conllevar el «desequilibrio de la paridad subjetiva de las prestaciones pactadas por las partes». Señalando el mismo autor en páginas anteriores que «lo que el intérprete debe evaluar no es si el precio es objetivamente justo o equilibrado en relación al objeto, sino si la falta de transparencia es instrumental a una alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactadas por las partes en ese contrato concreto», p. 136. El mismo autor y en los mismos términos, en “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2013, p. 5.

<sup>6</sup> Dice, en concreto, la citada sentencia: «*la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una y otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados*».

<sup>7</sup> Á. CARRASCO PERERA/ E. CORDERO LOBATO, “El espurio control...”, p. 180; L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2014, Cizur Menor, p. 7, señalando el peligro de «las interpretaciones *a sensu contrario*», dada la interpretación del art. 4.2 Directiva 93/13 realizada por el Tribunal Supremo en el sentido de que «una redacción clara impide juzgar el carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal y una redacción oscura lo permite (el control de abusividad), como si la oscuridad y la lesividad fueran lo mismo»; I. BARRAL VIÑALS, “¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios”, *Revista de Derecho Privado*, Reus, Marzo-Abril, 2015, pp. 38 y 39; C. C. CASTILLO MARTÍNEZ, *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 212 y 213.



ducción al control de incorporación. En el Voto Particular formulado en la STS de 3 de junio de 2016, se afirma que el control de transparencia «*representa una vertiente diferenciada en el control de abusividad y, por tanto, distinta del juicio de abusividad por falta de contenido o desequilibrio patrimonial,...*», en consecuencia, y en base a sentencias anteriores –en concreto, las SSTS de 18 de junio de 2012 y de 8 de septiembre de 2014<sup>8</sup>–, «*se observa que doctrinalmente no se descarta que el control de transparencia así entendido, es decir, como una vertiente del juicio general de abusividad, pueda configurarse también como un control de incorporación que en última instancia interese la declaración de abusividad de la cláusula como un efecto necesario para su expulsión del tráfico patrimonial*». Sin embargo, no queda claro que se refiera a la reconducción del control de transparencia hacia el control de incorporación o si, por el contrario, lo que hace es mantener la autonomía de este control, admitiendo únicamente su relación con el de incorporación. Desde luego, se entiende esta postura con respecto a esta cuestión si partimos de que en la STS de 18 de junio de 2012 se sostiene que «*el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte*». Esta es la definición jurisprudencial del control de incorporación o de inclusión antes de la STS de 9 de mayo de 2013<sup>9</sup>.

6. Sea como fuere, el hecho de admitir la posibilidad de volver a encauzar el control de transparencia hacia el de incorporación evidencia la confusión generada al interpretar los arts. 5.5 y 7.b) LCGC y el art. 80.1.a) TRLGDCU, en el sentido de que únicamente vienen a procurar la transparencia documental de las cláusulas contenidas en un contrato por adhesión. En el Voto Particular emitido en la STS de 3 de junio de 2016, se afirma que «*los criterios establecidos en la normativa aplicable acerca de la «claridad, sencillez y concreción» de las cláusulas predispuestas (art. 4.2 de la Directiva, art. 5.4 LCGC y art. 80.1<sup>a</sup>. TRLGDCU), no pueden quedar reconducidos al marco de un mero control formal referenciado en el ámbito de la interpretación del contrato bajo la preferencia de la interpretación literal e inteligibilidad del clausulado*». Pues bien, en este sentido, nos preguntamos a partir de qué momento los requisitos a los que venimos haciendo alusión fueron reconducidos al *mero control formal* y quién realizó dicha reconducción<sup>10</sup>, sobre todo, en consonancia con lo establecido por la STS de 18 de junio de 2012 acerca de la definición del control de incorporación antes transcrita.

7. Lo que sí es cierto es que, en lo concerniente a la comprensibilidad de las cláusulas, el art. 7.b) LCGC prevé, en el hipotético caso de que nos hallásemos ante condiciones generales incomprensibles, que estas quedarán incorporadas al contrato siempre que hubiesen sido expresamente aceptadas por el adherente y que, a su vez, cumplan con los niveles de transparencia exigidos por la normativa sectorial que regule el contrato en cuestión.

8. Efectivamente, en determinadas parcelas de la contratación nos encontramos ante situaciones en las que no es posible omitir un lenguaje «técnico o matemático» -al igual que sucede con respecto de los tecnicismos jurídicos-, de tal manera que no siempre será posible evitar cierto grado de *incomprensibilidad* para el adherente medio, sobre todo habida cuenta del objeto del contrato. Cuestión distinta es el modo en que las predisponentes hayan aprovechado dicha excepción al deber de comprensibilidad

<sup>8</sup> En la STS de 8 de septiembre de 2014 se sostiene que «*el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, ...*».

<sup>9</sup> Por tanto, la primera definición del control de transparencia, como tal, se halla en la STS de 9 de mayo de 2013 y no en la de 18 de junio de 2012.

<sup>10</sup> De manera esclarecedora se expresa la STS de 13 de marzo de 1999 (RJ 1999/1999), en cuanto a que los requisitos de «transparencia, claridad concreción y sencillez» -ex art. 5.5 LCGC-, implican que las condiciones generales han de ser legibles, *físicamente*, lo cual entraría en el terreno de lo que el Tribunal Supremo ha denominado *comprensibilidad formal*, y comprensibles, *intelectualmente*, que se referiría esa *comprensibilidad real* propia del control de transparencia.

del art. 7.b) LCGC<sup>11</sup>. Puesto que éste podría ser uno de los resquicios por el cual se podrían haber introducido cláusulas que, a todas luces, habrían de ser calificadas como no transparentes y, por tanto, no incorporadas al contrato. En este sentido, conviene recordar que la referida excepción se halla contenida en el art. 7.b) LCGC, que es aplicable también cuando el adherente ostente la condición de empresario<sup>12</sup>. En cambio, conforme a lo establecido por el art. 80.1.a) TRLGDCU, los requisitos de «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa», no se encuentran limitados por excepción alguna. Así, cuando el adherente fuere un consumidor, y en base al principio de especialidad, prevalecerá lo dispuesto por el TRLGDCU si nos acogemos al elemento subjetivo, sin que opere la excepción del art. 7.b) LCGC, y requiriendo que, en todo caso, el contenido contractual predispuerto sea comprensible para el consumidor.

9. La otra cuestión a la que nos referimos, y que se constata como una manifiesta fuente de incertidumbre, es aquella acerca del propio ámbito de actuación del control de transparencia. Como es sabido, en las controversias surgidas en torno a las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés, una de las normas aplicables es la *Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*. Pues bien, de acuerdo con su art. 7.3.2º.c), el Notario deberá advertir de manera expresa el establecimiento de los referidos límites y, particularmente, «cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiéndolo de ello a ambas partes». En la STS de 9 de mayo de 2013, acerca de este deber, así como del resto de exigencias contenidas en la Orden citada, se considera que su cumplimiento lo que viene a suponer es la superación del control de incorporación –limitado a la *mera transparencia formal o documental*–.

10. De acuerdo con el texto de la norma, es difícil entender cómo es posible considerar que los deberes a cargo del Notario se refieren en exclusiva a la transparencia documental. En este sentido, de acuerdo con la Resolución DGRN de 27 de octubre de 1994 (RJ 10729/1994), y en relación a la Orden de 1994, «no puede olvidarse que conforme al artículo 147 del Reglamento Notarial, el Notario es el autor del documento; por ello, en aras del deber de información y de asistencia al otorgante necesitado de ella y para facilitar a éste la adecuada comprensión del contrato, en la redacción de la escritura pública deberá incluir (o hacer la oportuna advertencia sobre ello cuando se redacte conforme a minuta) las cláusulas financieras a las que se refiere el artículo 6 de la Orden, con las adaptaciones que, en su caso, vengan impuestas por la especialidad del contrato de crédito». Por tanto, la actividad del Notario se dirige a la comprensibilidad del contenido contractual. Es más, en atención a la Resolución DGRN de 12 de marzo de 2015 (RJ 1586/2015), el Notario, aparte de efectuar un control de carácter precontractual sobre la incorporación y la transparencia de las condiciones generales en la autorización de las escrituras, habrá de realizar «un control en el mismo acto de otorgamiento de la comprensión y voluntad libremente informadas del prestatario sobre todo el contenido documental»<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Tratado de Derecho de Contratos*, Tomo II, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), N. MORALES IMBERNÓN / S. QUICIOS MOLINA (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1613.

<sup>12</sup> De acuerdo con un sector doctrinal, el legislador fue demasiado lejos al dispensar al empresario, cuando tuviere la condición de adherente, la misma protección que al consumidor, proporcionándole una excesiva protección en el ámbito del control de incorporación e ignorando, por lo menos en apariencia, la necesidad de fluidez del tráfico. Así, J. K. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del empresario en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 117 y ss., duda de que «el legislador haya pensado que un control de incorporación reduzca el control de contenido. Me parece un sofisma pensar que a mayor control de incorporación menor control de contenido». En esta misma línea, S. DURANY PICH, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ / L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Dir.), J. ALFARO ÁGUILA-REAL (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 263 y ss.; F. J. PASTOR VITA, «Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con empresarios», *Diario La Ley*, núm. 6367, Sección Doctrina, 2005, p. 8.

<sup>13</sup> Al respecto, en cuanto al control de legalidad llevado a cabo por el Notario, A. CAVALLÉ CRUZ, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. II, J. F. DELGADO DE MIGUEL (Coord. General), V. L. SIMÓ SANTOJA (Coord.), Civitas, Madrid, 2005, p. 138, sostiene que «el Notario, como funcionario y autoridad, tiene la obligación de exigir el cumplimiento de ciertos requisitos necesarios para autorizar el instrumento, pero, al tiempo, como profesional del derecho asesora a las partes del contrato sobre el modo o forma de cumplirlos».

11. Así, lo anterior ha de enlazarse con la valoración de la actuación notarial por parte de la jurisprudencia, en el sentido de que *«sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia»* (STS de 8 de septiembre de 2014). En consecuencia, nuestra jurisprudencia parece considerar que el control de transparencia debe referirse, en exclusiva, al examen de la *comprensibilidad real* del clausulado previamente predispuesto y no a otras posibles actuaciones que se hubieren podido llevar a cabo con el mismo fin.

12. El control de transparencia ha sido entendido, a su vez, como un control en el que ha de tomarse en consideración *«todo el curso negocial de la contratación seriada, es decir, desde la publicidad de la oferta del producto o servicio hasta la reglamentación predispuesta, propiamente dicha; todo ello como un fenómeno unitario sujeto a valoración de este control»*<sup>14</sup>. Por tanto, cuesta entender cómo es posible que la actuación notarial no influya en la valoración de la comprensibilidad de la cláusula controvertida, pero, en cambio, sí que pueda influir en dicha valoración aspectos que, en sentido estricto, son ajenos al clausulado en sí mismo considerado.

## 2. Principales problemas relativos a la configuración jurisprudencial del control de transparencia

### A) Inseguridad jurídica

13. Como bien es sabido, según se explica en el Fundamento de Derecho Decimotercero de la STS de 9 de mayo de 2013, las cláusulas controvertidas no superan el control de transparencia por los siguientes motivos: *«a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor»*. Ha de añadirse que, en el fallo de la sentencia, la declaración de nulidad de las cláusulas suelo se fundamenta en una circunstancia más, aparte de las enumeradas en relación a la ausencia de transparencia: *«la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero»*.

14. Así, debido a que de la sentencia citada se derivan distintas interrogantes acerca de la configuración del control de transparencia, las entidades condenadas solicitaron la aclaración de una serie de cuestiones que son contestadas por el Pleno de la Sala de lo Civil en su Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 (RJ 3617/2013). Solicitan, entre otras cosas, la aclaración acerca de si el examen de transparencia ha de realizarse *«caso por caso»*, lo que suponemos que se planteó ya que en el supuesto de la STS de 9 de mayo de 2013 nos hallábamos ante una acción colectiva de cesación de condiciones generales de

<sup>14</sup> F. J. ORDUÑA MORENO, *El control de...*, pp. 62 y 63. De este modo, según el autor citado, que a su vez es el Magistrado Ponente de la STS de 8 de septiembre de 2014, habremos de estar, no solo a lo dispuesto en el documento contractual, sino que también habrá de valorarse la oferta contractual, los tratos preliminares y el propio contexto de la reglamentación predispuesta. Esta apreciación coincide con la sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 30 de abril de 2014, C-26/13, en cuanto a que los tribunales nacionales deberán *«determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo»*, el consumidor medio pudo comprender las cargas económicas que asumía al celebrar dicho contrato.

la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. A esta cuestión, en concreto, no se hace referencia expresa, aunque entendemos que el ejercicio de una acción colectiva parece ser perfectamente válido, incluso para la pretensión de un juicio de transparencia, en atención a los criterios seguidos por el Tribunal Supremo. Sin embargo, este criterio puede ser discutible dado el elemento subjetivo inherente al juicio de transparencia<sup>15</sup>.

15. Se plantea, también, si para determinar la falta de transparencia es necesario que se cumplan todos los motivos enumerados en la sentencia o, si bien, sería posible que una cláusula adoleciese de un defecto de transparencia si solo se diesen uno o varios de los referidos motivos. Al respecto, del Auto de aclaración se desprende que la falta de transparencia podrá determinarse si se da por completo la relación de motivos contenidos en la STS de 9 de mayo de 2013, si tan solo se dan uno o varios de ellos e, incluso, la falta de transparencia podría motivarse por causas ajenas a las expuestas<sup>16</sup>. Esto se deduce del siguiente párrafo, en el que el Tribunal sostiene que, *«a la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo»*.

16. El párrafo antes transcrito da respuesta a otra de las cuestiones que se formulan, que es la concerniente a la concreción de *«los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado»*. La respuesta de la Sala de lo Civil no viene a concretar nada ya que si, por un lado, los motivos por los cuales se declararon abusivas las cláusulas suelo por un defecto de transparencia no son una relación exhaustiva, se añade que *«no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado»* y que, a fin de que el consumidor pueda decidir debidamente acerca de la idoneidad de la celebración de un determinado contrato, dicha finalidad podrá alcanzarse por medio de multitud de medidas. De tal manera que, en lo que respecta a la superación del control de transparencia, asegura el Tribunal Supremo que, *«para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real»*.

17. Los *formalismos* a los que alude el tribunal son, precisamente, los recogidos en las distintas normas sectoriales aplicables –como las relativas a los contratos de crédito hipotecario–<sup>17</sup>. Es realmente

---

<sup>15</sup> Al respecto, como bien ponen de manifiesto, Á. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO, “El espurio control...”, pp. 182 y 183, aparte de la cuestión relativa del principio de congruencia, se plantea la legitimidad de la asociación demandante –«AUS-BANC»– si hubiese optado por solicitar la revisión de la transparencia material de tales cláusulas cuando, por medio de la acción de cesación, no es posible realizar el control de incorporación, pues se deben tener en cuenta todas aquellas circunstancias que hubieren podido afectar a la «comprensibilidad real» del consumidor. Si bien, en sentido contrario, J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 580, distinguiendo entre el requisito de entrega o facilitación de las condiciones generales y el requisito de comprensibilidad, y P. PORTELLANO DÍEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ / L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Dir.), J. ALFARO ÁGUILA-REAL (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 587 y 588, en relación a la labor del juzgador ante el ejercicio de una acción de cesación, el cual, después de cerciorarse de que la cláusula controvertida se trata de una condición general, «habrá de comprobar que las condiciones generales impugnadas o no han satisfecho los requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) o bien son nulas (art. 8 LCGC)». Recoge este mismo planteamiento F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Tratado de Derecho...*, p. 1672, distinguiendo entre los requisitos de entrega y firma, en los que no cabría el control abstracto, y los deberes de redacción recogidos en el art. 5.5 LCGC, en los que sí sería posible el referido control, del mismo modo en que así consideró J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y...*, p. 580.

<sup>16</sup> Contribuye a la indeterminación a la que se viene haciendo referencia que, de acuerdo con el Pleno, *«tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo»*.

<sup>17</sup> Cabe plantearse, entonces, la necesidad de trasladar la doctrina jurisprudencial al ámbito normativo. De acuerdo con la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en su Norma Tercera, se prevé la obligación de las entidades de publicar «los tipos de interés y las comisiones habitualmente aplicadas a los servicios bancarios prestados con mayor frecuencia a su clientela», si bien se trata de una obligación de información general al público, por lo que no entraría

grave que en la STS de 9 de mayo de 2013 se considerase que las entidades predisponentes cumplieron lo dispuesto por la *Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, y, no obstante, las cláusulas suelo se declarasen abusivas por falta de transparencia. De tal modo que la falta de transparencia, en parte, se sustenta en el incumplimiento de unos requisitos que se encuentran recogidos en una norma que no podía ser de aplicación al supuesto enjuiciado: la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, que vino a derogar la Orden de 5 de mayo de 1994 –siendo esta última la norma aplicable al caso-. Produciéndose, de este modo, un claro incumplimiento de lo dispuesto en el art. 2.3 CC, según el cual «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario», cuando este principio, el de la irretroactividad de las normas deriva del principio de seguridad jurídica –art- 9.3 CE-<sup>18</sup>. No en vano, tampoco el cumplimiento de estos deberes –los de la Orden EHA/2899/2011- garantizaría la superación del control de transparencia, según hemos señalado, conforme a lo que el Tribunal Supremo sostuvo en su Auto de aclaración.

**18.** En conclusión, tal y como han puesto de manifiesto acertadamente CARRASCO y GONZÁLEZ CARRASCO, «se impone a los recurridos (y al conjunto de entidades financieras) un horizonte perverso de irracionalidad: el cumplimiento escrupuloso de los estándares de información transparente exigidos por la norma sectorial no garantiza que la cláusula suelo en cuestión no sea de nuevo anulada como no transparente», lo que puede ponerse en relación con una posible vulneración del derecho de tutela judicial efectiva –art. 24 de la *Constitución Española*-<sup>19</sup>. Pero, sin entrar en la hipotética inconstitucionalidad de la aplicación de este control de transparencia, de lo que no cabe duda es de la falta de concreción del mismo por los motivos señalados<sup>20</sup>. Cuestión que se agrava al entender que el control de transparencia lo que pretende es que el predisponente se asegure de que el adherente haya comprendido las consecuencias jurídicas y económicas que se derivarían de la celebración del contrato con condiciones generales o cláusulas predisuestas<sup>21</sup>. Una cosa es asegurarse de la comprensibilidad de las cláusulas y otra es asegurarse de que el adherente las ha comprendido efectivamente –que plantea, además, una gran dificultad a efectos probatorios–.

---

dentro de la valoración de abusividad de las cláusulas suelo. De otra parte, en su Norma Octava, se establece que «la entrega y contenido de los contratos relativos a la prestación de servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario» habrán de ajustarse a lo dispuesto por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en cuyo art. 26, acerca de los tipos de interés variable, se exige que habrá de realizarse «una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés». Sin embargo, sucede que en el supuesto enjuiciado la norma aplicable era la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en la que no se había previsto requisito semejante al de la simulación de distintos escenarios.

<sup>18</sup> Según M. COCA PAYERAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART, Tomo I, Vol. I, Edersa, Madrid, 1992, p. 498, este principio «se ha entendido que es una consecuencia de la necesidad de conocer las leyes para poderlas cumplir y de esta forma evitar la arbitrariedad del legislador y o de la inexigibilidad a los sujetos de que acomoden su actuación a unas pautas legales inexistentes en el momento en que se producen».

<sup>19</sup> Á. CARRASCO PERERA / M. C., GONZÁLEZ CARRASCO, «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013, p. 134. En cuanto a la inconstitucionalidad de la STS de 9 de mayo de 2013, «porque “con total evidencia se omite la consideración de la ley aplicable” (STC 132/2007) y “se pretieren las fuentes del derecho” (SSTC 17/1981, 23/1988, 194/2006)» p. 132. Si bien coincidimos con los autores en lo que respecta a esta cuestión que es, a su vez, la de mayor importancia en relación a esta sentencia de 2013, considerando el objeto del presente trabajo, profundizar en la misma implicaría una desviación del intento de corrección llevada a cabo por el TJUE, acerca de la aplicación del art. 1303 CC.

<sup>20</sup> En este sentido, entre otros, Á. CARRASCO PERERA / M. C., GONZÁLEZ CARRASCO, «La doctrina casacional...», pp. 131 y ss.; Á. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO, «El espurio control...», pp. 177 y ss.; I. BARRAL VIÑALS, «¿Abusivas por falta...», pp. 56 y ss.; A. CAÑIZARES LASO, «Control de incorporación...», pp. 91 y ss. Destaca, asimismo, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Falta de transparencia...», pp. 23 y 24, acerca de la STS de 9 de mayo de 2013, echando en falta «una correcta argumentación que conecte la falta de transparencia de la cláusula suelo con el reproche de abusividad». De este modo, el citado autor considera que el Tribunal Supremo desaprovechó, con esta sentencia, la oportunidad para establecer tal relación, habida cuenta de que estima que «el art. 82 TR-LGGDCU es una cláusula general» en la que «pueden tener cabida una múltiple fenomenología de hipótesis o de enunciados normativos que se deben ir decantando con la jurisprudencia». Una observación que, decimos que destaca, debido a que precisamente parece ser que el Tribunal Supremo se inspiró en la tesis defendida en su obra ya citada: *Las cláusulas abusivas...*

<sup>21</sup> F. J. ORDUÑA MORENO, *Control de transparencia...*, p. 24.

## B) La forzada distinción teórica y práctica entre transparencia *formal* y *material*

19. En principio, la delimitación entre el control de incorporación y el de transparencia parece más o menos sencilla desde una perspectiva teórica, basándose en la reiterada dicotomía entre transparencia *formal* y transparencia *material* –es decir, entre la transparencia documental y el examen de comprensibilidad *real*-. Pero, en realidad, ni tan siquiera desde el plano teórico es posible trazar una frontera clara entre ambas clases de transparencia.

20. Del texto de la norma, es decir, de los arts. 5.5 y 7.b) LCGC y el art. 80.1.a) TRLGDCU, se ha venido distinguiendo entre dos modalidades de transparencia que, ya de origen, implica la propia confusión del sentido de la misma. A raíz de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, con fecha de 9 de mayo de 2013, en nuestra jurisprudencia, y también en nuestra doctrina, se ha generalizado el empleo de expresiones tales como «comprensibilidad real» o «transparencia material» como señal de ruptura de los cánones anteriores que, parece ser, se caracterizaban por su permisividad respecto de las prácticas abusivas llevadas a cabo por las empresas, en detrimento de los intereses de los consumidores. De esta forma, cuando se crea el control de transparencia, se insiste en que el control de incorporación recogido en tales artículos lo que viene a asegurar es una *mera* transparencia *formal* o *documental* que no garantizaría la *comprensibilidad real* de una cláusula determinada –como si existiese una *comprensibilidad menos real*, una cláusula se comprende o no se comprende-. Sin embargo, esa evidencia o falta de ambigüedad propia de lo que se considera transparente, solo es posible entenderla en el sentido de la transparencia *material*, puesto que los requisitos formales de redacción se dirigen a la legibilidad de la condición general o cláusula predispuesta. Por tanto, tales exigencias no merecen la calificación de transparencia *formal*, ya que se trata de una cuestión de carácter físico –lo que es perceptible por el sentido de la vista, como sentido corporal que nos capacita para percibir, en este caso, el clausulado de un contrato- y que contribuye a que el clausulado pueda ser conocido, lo cognoscible. En cambio, los requisitos establecidos por los arts. 5.5 y 7.b) LCGC y el art. 80.1.a) TRLGDCU se dirigen, además, al ejercicio de las facultades intelectuales del adherente, es decir, procuran su comprensibilidad –lo que puede ser comprendido-.

21. Al respecto, de acuerdo con PERTIÑEZ, la observancia de los requisitos de claridad y comprensibilidad no eximen de que una cláusula pueda resultar sorpresiva para el consumidor, ya que la no superación del control de transparencia se deriva «de la defraudación de la expectativa legítima que el mismo se había representado sobre el precio, a partir de la información proporcionada por el empresario»<sup>22</sup>. Nos encontramos, por tanto, ante una clara relación entre el control de transparencia y la doctrina alemana sobre las cláusulas sorprendentes<sup>23</sup>, la cual no fue recogida de manera expresa por nuestro legislador en las normas relativas a la contratación por adhesión –cosa que tampoco se hizo en la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*<sup>24</sup> (en lo sucesivo, «Directiva 93/13»)-. Sin embargo, se puede interpretar que de forma indirecta sí se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento, de acuerdo con aquella postura que considera que las cláusulas sorprendentes son un tipo de cláusulas abusivas por no haber superado el control de contenido<sup>25</sup>. La regla relativa a las cláusulas sorprendentes no está exenta de cierta imprecisión, en el sentido

<sup>22</sup> F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, por ejemplo, en “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecarios, *El Contrato Bancario. Tiempos revueltos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 242, y en “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2013, pp. 10, 13 y 17. En este mismo sentido, A. CAÑIZARES LASO, “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 3, julio-septiembre 2015, p. 76.

<sup>23</sup> F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, pp. 193 y ss.; y, de acuerdo con M. CLEMENTE MEORO, *Contratación y consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 305 y 306, cuando una cláusula suponga una grave discrepancia entre su contenido y las legítimas expectativas del adherente, se tratará de una cláusula sorprendente.

<sup>24</sup> Conforme a J. PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 56, la regla sobre las cláusulas sorprendentes fue, en un principio, asimilada en la *Propuesta* de la Directiva 93/13, aunque finalmente no se incluyó en el texto definitivo.

<sup>25</sup> J. PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria...*, pp. 57 y 58, exponiendo la postura defendida por SCHMIDT-SALZER.

de que «plantea problemas de delimitación» con respecto a las normas relativas a la incorporación de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, las concernientes a la interpretación de las mismas y las normas sobre el control de contenido<sup>26</sup>. A nuestro juicio, partiendo de que la transparencia exigida en el control de incorporación abarca –o debe abarcar– su perspectiva material –*comprensibilidad*–, una cláusula que hubiese superado el control de incorporación difícilmente podría sorprender al adherente. Pero es que, además, si la cláusula válidamente incorporada provocare un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, según los términos descritos por el art. 82 TRLGDC, dicha cláusula no superaría el control de contenido y sería declarada abusiva. En este sentido, no debe olvidarse que en nuestro ordenamiento contamos con normas como la Orden de 5 de mayo de 1994 en la que se exige la intervención notarial para evitar, precisamente, que el adherente preste su consentimiento a un contrato en el que se contiene una cláusula sorpresiva, lo cual, en nuestra opinión, es un medio realmente apropiado para evitar este tipo de situaciones, esto es, la defraudación de la expectativa legítima del adherente<sup>27</sup>.

**22.** La transparencia en la redacción de las cláusulas únicamente puede entenderse en cuanto a la posibilidad de ser debidamente comprendidas por el adherente, lo cual se exige en los artículos a los que venimos haciendo referencia, dentro del control de incorporación<sup>28</sup>. Parece, a la vista de las sucesivas sentencias en las que se repite una apreciación errónea del control de incorporación, que nuestro juzgador hubiese estado interpretando las normas relativas al control de incorporación contenidas en el *Bürgerliches Gesetzbuch* –«BGB» en lo sucesivo–<sup>29</sup>, en el que la incorporación de las condiciones generales se hace depender únicamente de la accesibilidad y «la posibilidad razonable de tener conocimiento de su contenido» –*ex* § 305.2–, a diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación<sup>30</sup>. En la normativa alemana se ha previsto la ubicación del examen de transparencia material dentro del ámbito del control de abusividad–§ 307.1 BGB– y, por tanto, fuera del control de incorporación. Así, en el citado precepto, sobre el control de contenido, se prevé la ineficacia de aquellas condiciones generales que, contrarias a la buena fe, perjudiquen de forma indebida al adherente. A lo cual se añade que «un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible»<sup>31</sup>.

**23.** Esa falta de coherencia en la labor interpretativa de la norma aplicable se proyecta también sobre la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia bancaria. En la STS de 9 de mayo de 2013 se entiende que la citada Orden «*garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor*». Ahora bien, si conforme a su Preámbulo lo que tales exigencias procuran es «*garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipo-*

<sup>26</sup> S. DURANY PICH, *Comentarios a la...*, p. 322.

<sup>27</sup> V. MÚRTULA LAFUENTE, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, pp. 221 y 222, en relación a las cláusulas suelo, considera que «no estamos estrictamente ante un problema de transparencia (como ocurría con las cláusulas de redondeo al alza de los préstamos hipotecarios) ni ante una cláusula sorpresiva para el prestatario –en la mayoría de los casos–, porque éste ha tenido la oportunidad de conocer su existencia antes y durante la celebración del contrato de préstamo». Así, de acuerdo con la citada autora, lo ideal sería examinar este tipo de cláusulas caso por caso y, a su vez, tener presente la posibilidad de la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*».

<sup>28</sup> Á. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO, “El espurio control...”, p. 180; L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “La progresiva degradación...”, p. 7; I. BARRAL VIÑALS, “¿Abusivas por falta...”, pp. 38 y 39.

<sup>29</sup> Sobre la relación entre la doctrina alemana sobre *Transparenzgebot* y la tendencia actual relativa al deber de transparencia, S. CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 562 y ss.

<sup>30</sup> Como bien señala M. Á. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Unificación contractual y convergencia normativa en las operaciones de activo y pasivo”, *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada*, M. Á. EGUSQUIZA BALMASEDA / R. LARA GONZÁLEZ (Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 33, «el deber de transparencia se ha conceptualizado tradicionalmente como un elemento definidor del control de inclusión que permitía la integración de las cláusulas contractuales dentro del contrato, sin ulterior efecto en el control de contenido. Su entidad propia, como factor que faculta la valoración del control de “abusividad de las cláusulas”, se planteó doctrinalmente postulándose como un control separado al estilo de lo previsto en Alemania. El Tribunal Supremo le ha otorgado, significativamente, carta de naturaleza, no sin discusión y crítica, al resolver sobre la abusividad de algunas cláusulas insertas en contratos bancarios de préstamo».

<sup>31</sup> Traducción de los preceptos del BGB consultados en M. L. VIVES MONTERO, “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, núm. 3, 2002, pp. 1243 y ss.

tecarios» y que el cliente alcance «la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar», lo razonable es aducir que los requisitos recogidos en ella se dirigen a procurar la transparencia *material* del clausulado. De hecho, en el Anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, en su apartado 3<sup>o</sup> *bis*, se establece que las cláusulas suelo y techo se deberán expresar «en términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo», o bien «de cualquier modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho». Cuestión distinta sería considerar que en la Orden no se establecen los parámetros necesarios para entender cumplido dicho apartado 3<sup>o</sup> *bis*, pero de lo que no cabe duda es que estas exigencias tienen por finalidad la comprensibilidad de las cláusulas suelo.

24. Abandonando la perspectiva teórica de la distinción entre transparencia material y formal, merece mención especial la STS de 8 de septiembre de 2014. Esta se revela, claramente, como prueba irrefutable de la dificultad que supone la creación de un control de transparencia autónomo de los mecanismos previstos legalmente en el marco de la contratación por adhesión, dado que nuestro legislador previó un riguroso control de incorporación, más allá de las exigencias previstas al efecto en la legislación alemana.

25. En relación al caso enjuiciado, en el momento en que se procede a la valoración acerca de si se cumplen los deberes de transparencia material, se concluye que las cláusulas suelo controvertidas no superan el control de transparencia, debido a que «*el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del “interés variable” del préstamo*». En cambio, en lo que concierne al control de incorporación, esto es, al examen de la «*transparencia formal o documental*», después de haber realizado el juicio de transparencia material, se considera que la predisposición de estas cláusulas se ha realizado sin que se hayan observado las exigencias propias del control de incorporación, asegurando que «*el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un “tipo mínimo anual”, queda encuadrada en el apartado correspondiente rubricado con referencia excluida al “tipo de interés variable” (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013*».

26. Es posible apreciar, en primer lugar, que uno de los criterios seguidos tanto en uno y otro control son semejantes: la ausencia de realce objetivo y diferenciable. En este sentido, la referencia al realce de las cláusulas se deduce, en el momento en que se procede al control de la transparencia formal, de la alusión relativa al «*contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias*», puesto que se da a entender que la cláusula suelo pasa desapercibida, circunstancia que se habría podido evitar realizando el citado realce. Pero es que, además, en el ámbito del control de incorporación se incluye el requisito de la necesidad de introducción de simulaciones en diversos escenarios que en la STS de 9 de mayo 2013 se encuadraba dentro del control de transparencia<sup>32</sup>.

27. En lo que respecta a la ausencia de realce, de acuerdo con el Voto Particular emitido en la STS de 8 de septiembre de 2014, en la oferta vinculante «*se resaltaba de forma muy clara y sencilla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo (en un caso 3,45% y en otro 2,85%), las cláusulas que incorporaban este tipo mínimo en los contratos*

<sup>32</sup> *Vid. Supra.*



de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo y su simple lectura permitía comprender al consumidor “las consecuencias económicas derivadas de su cargo”». En definitiva, en consonancia con las sentencias examinadas, y prestando especial atención a este Voto Particular emitido en la STS de 8 de septiembre de 2014, nos parece que lo que es realmente incomprensible es la interpretación que se hace del texto de la ley.

## II. Injustificada irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo

### 1. Introducción: la pretendida protección del orden público económico

28. Tal y como se refleja en el Fundamento de Derecho Decimoséptimo de la STS de 9 de mayo de 2013, la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad tuvo por origen la petición expresa del Ministerio Fiscal. Según se transcribe en la citada sentencia, en caso de aplicar el art. 1303 CC sin ninguna restricción, «habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas», lo que, según su criterio, iría contra «la voluntad de la LCGC por drástica en exceso». Ante este razonamiento, y acudiendo a lo dispuesto por la LCGC, en su art. 8.2 se dice que «serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor», una nulidad que, de acuerdo con el art. 8.1, es de pleno derecho. Si el legislador español hubiere considerado que los efectos de la nulidad son excesivamente drásticos o gravosos, no habría sancionado la abusividad de las cláusulas con la nulidad –un tipo de ineficacia perfectamente conocido por todos<sup>33</sup>–.

29. Es llamativa la finalidad de la limitación de lo dispuesto por el art. 1303 CC, esto es, de acuerdo con la sentencia a la que nos venimos refiriendo, se considera que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo de que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

30. En primer lugar, procede preguntarnos qué significado otorga el juzgador al concepto de «orden público económico». En este sentido, acerca de la noción de orden público, por un lado, hallamos lo que DE CASTRO denominó el *sentido pseudo-técnico del orden público*<sup>34</sup>. De acuerdo con dicho autor, en numerosas ocasiones, y de manera *innecesaria o abusiva*, se emplea el concepto de orden público «para dar énfasis a alguna consecuencia implícita del carácter imperativo de una norma», lo que no dejaría de ser algo redundante, «pues cada norma imperativa pudiera entonces ser calificada como de orden público», pero es que, además, «resulta perturbador, al olvidar el sentido técnico del término». Pero, ciñéndonos al significado técnico de la expresión, las normas con rango de orden público son «aquellas normas que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas del mismo ordenamiento», de manera que dicha preferencia se traduce en que, en caso de conflicto o *colisión*, sirva «para designar la limitación del precepto de los Códigos que otorga a los contratos valor de ley, la de las leyes que conceden eficacia interna a reglas extranjeras y también la de las normas que establecen la retroactividad de las leyes»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Acerca de la nulidad de los contratos, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 577, «se suele definir el contrato nulo diciendo que es aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. Tal producción de consecuencias le es negada definitivamente y se considera el contrato, a este respecto, como no realizado (*nullum est negotium; nihil est actum*)», debiendo recordar, en su p. 579, que «lo que es nulo no produce ningún efecto (*quod nullum est nullum effectum producit*)».

<sup>34</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, núm. 4, 1982, p. 1032.

<sup>35</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las...”, pp. 1031 y 1032. En sentido parecido, A. REVERTE NAVARRO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1<sup>o</sup>-A, M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART (Dir.), Edersa, Madrid, 1993, pp. 263 y 264; L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho...*, p. 53.

**31.** Una vez aclarados los posibles significados de «orden público», dando preferencia, por supuesto, a su sentido técnico, respecto del orden público económico, siguiendo, de nuevo, a DE CASTRO, éste «se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o táctica, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones»<sup>36</sup>. No obstante, el orden público económico puede ser también entendido como una serie de *principios jurídicos generales* que tienen por finalidad organizar la vida económica, sirviendo, así, de criterio interpretativo de las normas jurídicas, de acuerdo con los intereses económicos del momento, los cuales, a su vez, se ven influidos por *factores sociales, políticos y culturales*<sup>37</sup>. De este modo, conforme al contexto en el que se hace referencia al orden público económico, entendemos que el Tribunal Supremo se refiere al mismo en el sentido de principios jurídicos dirigidos a inspirar la labor interpretadora del juzgador.

**32.** Pero, a pesar de que la alusión al orden público económico parezca referirse a su vertiente como criterio interpretativo, esta idea nos lleva a la segunda cuestión a tratar en torno al recurso a este concepto. Por lo general, el orden público, y también el económico, se dirige a limitar el principio de autonomía privada<sup>38</sup> que, en nuestro caso, se desarrolla en el ámbito de la contratación con consumidores. Así, se ha defendido que el orden público económico, tomando como referencia el Derecho contractual europeo, ha ido evolucionando de tal forma que, en el marco de la contratación con condiciones generales, se «*tiende a superar la concepción meramente “formal” de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (pacta sunt servanda), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación*» (STS de 8 de septiembre de 2014)<sup>39</sup>. De esta forma, según ha venido declarando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas cumple una función disuasoria que en ningún caso debe ser limitada, a fin de evitar que a los profesionales les resulte más ventajoso continuar empleando cláusulas abusivas, en vez de cumplir las normas de protección al adherente -SSTJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349), de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282), y de 21 de enero de 2015, *Unicaja y Caixabank*, asuntos acumulados, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 (ECLI:EU:C:2015:21)-.

**33.** En consecuencia, si la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico ha de realizarse conforme al orden público económico, es inadmisibles mitigar los efectos del art. 1303 CC en beneficio de la parte predisponente que ha incluido en el contrato una cláusula abusiva. Es más, precisamente, la limitación de los efectos derivados del referido artículo, en vez de procurar proteger el orden público económico, viene a contravenir el mismo, en vista de la postura seguida por el Tribunal Supremo<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las...” p. 1049. De manera llamativa, el autor llega a calificar el orden público «hasta de “amoral”», ya que, si la Administración es la encargada de determinar el orden público económico, según lo que sea «más conveniente a su plan económico», a fin de alcanzar sus objetivos, dejaría a un lado «los dictados de la moral y de la justicia conmutativa», pp. 1049 y 1050. Asimismo, entiende el autor que, dado que el Juez no es, ni le corresponde ser, un experto en economía, «respecto al llamado orden público económico, el Juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquél delegue (interpretación estricta)», p. 1050. En relación a la noción de orden público económico como conjunto de «actividades del Estado dirigidas a conformar económicamente la sociedad», L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho...*, p. 53.

<sup>37</sup> L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho...*, pp. 54 y 55. También, acerca de la doble proyección del concepto de orden público, A. REVERTE NAVARRO, *Comentarios al Código...*, p. 273.

<sup>38</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las...” pp. 1037 y ss.; A. REVERTE NAVARRO, *Comentarios al Código...*, pp. 272 y 273; L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Op. Cit.*, p. 53; J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto de social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 109 y 110.

<sup>39</sup> Sentencia cuyo ponente es el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, y que reproduce en *Control de transparencia...*, p. 39, al tratar esta misma cuestión.

<sup>40</sup> Al respecto, en el Voto Particular emitido en la STS de 25 de marzo, oponiéndose a los efectos *ex nunc* de la restitución de las cantidades indebidamente percibidas, defendiendo, entonces, los efectos *ex tunc* de dicha restitución, señalando que «*nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del*

## 2. Normas jurídico positivas alegadas para la limitación de los efectos retroactivos del art. 1303 CC

34. Con la finalidad de atender la petición realizada por el Ministerio Fiscal en cuanto a la limitación de la eficacia retroactiva propia de la obligación de restitución originada por la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 justifica su decisión en base a lo establecido por una serie de normas que, de manera sorprendente, considera aplicables al supuesto enjuiciado.

35. En primer lugar, se alude al art. 106 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* –en lo sucesivo, «LRJPAC»-. Este artículo se dedica a la limitación de las facultades de revisión en cuanto pudieran suponer un atentado contra la equidad, la buena fe, los derechos de los particulares o las propias leyes, y se refiere a supuestos en los que «se concreta la *iniquidad o ilegalidad de la acción anulatoria*»<sup>41</sup>. Nos encontramos ante una limitación de la revisión de los actos administrativos a los que se pretende dejar sin efecto<sup>42</sup>. La finalidad de esta medida no es otra que la de evitar unas consecuencias más gravosas de las que se tratarían de remediar –la revisión de los actos administrativos «*se sitúa en dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta consolidada no pueda ser alterada en el futuro*» -SSTS, Sala Tercera, de 17 de enero de 2006 (RJ 2741/2006), de 13 de febrero (RJ 3955/2012) y de 27 de marzo de 2012 (RJ 4571/2012), de 13 de mayo de 2015 (RJ 3100/2015), de 14 de julio de 2015 (RJ 4128/2015)-. Ahora bien, de lo que no cabe duda es de que «*la Jurisprudencia del Tribunal Supremo considera con carácter restrictivo la constatación de los límites a que se refiere el artículo 106, pues en caso contrario se convertiría en vía de escape a las consecuencias de la nulidad, pero también es cierto que el legislador ha previsto una solución contraria a la efectividad de la nulidad, y que debe ser aplicado en función de las circunstancias presentes en cada caso*» (STS, Sala Tercera, de 14 de julio de 2015).

36. Es posible comprobar que el supuesto de hecho al que se refiere el art. 106 LRJPAC poco o nada tiene que ver con el del art. 1303 CC, puesto que lo que se limita es la posibilidad de revisar un acto administrativo concreto<sup>43</sup>. Pero, además de esta circunstancia, hay que tener en cuenta la aplicación de una norma administrativa en el marco de una relación jurídico privada a la que, en defecto de ley especial, es de aplicación lo previsto por nuestro Derecho común<sup>44</sup>. Precisamente en el marco de los contratos administrativos, por ejemplo, es admitido por la jurisprudencia que el Derecho común, allí

---

*meritado efecto restitutorio*». Y en la STS de 29 de abril de 2015 sosteniendo que «*la sentencia de 25 de marzo de 2015, y ésta que la sigue, pese a firmarse el contrato en el año 2006, le confirman que aun con la condición de consumidora no le asiste el principio de buena fe, que precisamente fundamenta su protección, pues este queda enervado hasta la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013. Al parecer, durante este intervalo de tiempo la función tuitiva que dispensa la norma estuvo de “vacatio legis” (...)*».

<sup>41</sup> R. PARADA, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudios, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 364.

<sup>42</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ / F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 1782.

<sup>43</sup> De este modo, aun entendiendo que nos hallamos ante una laguna jurídica –cosa que no sucede-, tampoco sería aplicable el art. 106 LRJPAC por vía de la aplicación analógica de las normas, dado que no se da la necesaria similitud entre el supuesto de hecho carente de regulación y el contemplado en la norma que se pretende aplicar, ni tampoco la «*identidad de razón*» que exige el art. 4.1 CC, que, de acuerdo con J. ATAZ LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 128, «*apunta directamente a la llamada ratio legis: la finalidad que la norma pretende obtener al aplicarse a los supuestos para los que está prevista, se obtiene también si se la aplica analógicamente a otros supuestos*».

<sup>44</sup> Sin que se dé excepción alguna como en el ámbito del derecho tributario, puesto que, a pesar de lo establecido por la Disposición Adicional Quinta de la LRJPAC, en cuanto a que «*la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma*», resulta que, tal y como se recoge en la STS, Sala Tercera, de 17 de enero de 2006, «*hay que entender que el art. 106 de la Ley 30/92 resulta aplicable en el ámbito tributario, pues el principio de seguridad jurídica reclama que se ponga un límite que sirve para dar eficacia y consagrar las situaciones existentes*».

donde nos encontremos ante una laguna, venga a completar el Derecho administrativo<sup>45</sup>, pero no en sentido contrario.

37. Aparte, se citan los arts. 114.2 de la *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes*, el art. 54.2 de la *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas* y el art. 68 de la *Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial*. En ellos, y en los idénticos términos, se limitan los efectos retroactivos de la nulidad de una patente, una marca o bien, en su caso, un diseño industrial. Así, tal limitación se producirá, por un lado, en los supuestos de resoluciones sobre violación de la patente, marca o diseño industrial, con fuerza de cosa juzgada, siempre que se hubiesen ejecutado antes de la declaración de nulidad y, por otro lado, será procedente la referida limitación a los contratos concluidos y ejecutados antes de la declaración de nulidad; si bien, curiosamente, se dice que, en este último caso, por razones de equidad, y según las circunstancias del caso, se podría solicitar la restitución de lo pagado en virtud del contrato.

### 3. La desafortunada ausencia de referencia directa a la equidad

38. Según se dispone en el art. 3.2 CC, «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Sorprende que en la STS de 9 de mayo de 2013, a la hora de limitar la retroactividad de la restitución de las cantidades percibidas gracias a las cláusulas suelo, no se hiciese referencia alguna a la equidad –salvo, de manera indirecta, citando el art. 106 LRJPAC–.

39. La equidad que, con carácter general, consiste en un criterio interpretativo, también puede operar como criterio decisorio exclusivo en caso de que así lo permita la ley de manera expresa<sup>46</sup>. Pues bien, este sería el caso del art. 106 LRJPAC, dado que no se podrán ejercitar las facultades de revisión de los actos administrativos «cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, (...)». Pero, tal y como hemos señalado, el art. 106 LRJPAC no puede ser de aplicación, ya que el supuesto de hecho concreto se halla regulado por la normativa aplicable al caso, por lo que no se da el requisito de la laguna jurídica, y, de todos modos, no es posible hallar similitud alguna entre lo contemplado por la norma administrativa y el deber de restitución de las cantidades indebidamente recibidas con motivo de la declaración de abusividad de una condición general, situación a la cual es de aplicación el art. 1303 CC.

40. Ahora bien, la equidad constituye un criterio de carácter ordinario para la interpretación de las normas, necesario para dar solución a las situaciones en las que se produce una tensión entre los fines de carácter general que persigue la norma y el supuesto concreto en que se ha de aplicar<sup>47</sup>, y es así como también lo entiende nuestra doctrina jurisprudencial<sup>48</sup>. Dicho lo cual, nos preguntamos entonces si sería posible interpretar el art. 1303 CC en relación con el art. 3.2 CC. En principio, es cierto que el art. 1303 CC parece pensado, sobre todo, para la restitución de las cantidades percibidas con motivo de la

<sup>45</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, Vol. I, Reus, Madrid, 2005, pp. 146 y 147.

<sup>46</sup> En este sentido, la STS de 5 de mayo de 1993 (RJ 3442/1993) sostiene que la equidad es «un criterio general en que deberá ponderarse la aplicación de las normas, pero sin que, tal elemento de interpretación y dulcificación del derecho por la ética (Sentencias de 9 de mayo de 1983 y 3 de noviembre de 1987), pueda fundar por sí solo, una resolución judicial (Sentencias de 3 de febrero y 10 de octubre de 1986; 18 de mayo de 1987; 11 de octubre de 1988)». Al respecto, de acuerdo con CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, pp. 536 y 537, «no es la equidad una fuente directa, formal o autónoma del Derecho, pero sí una fuente en sentido material y, sobre todo, un importante procedimiento inspirador de soluciones; no sirve para formular normas nuevas, sino que es un método para la aplicación de las normas existentes a los casos de la vida».

<sup>47</sup> J. ATAZ LÓPEZ, *Comentarios al Código...*, pp. 122 y 123.

<sup>48</sup> Conforme a la STS de 11 de julio de 2012 (RJ 10117/2012), «el recurso a la equidad, en el contexto interpretativo de las normas, (...), se configura en un elemento tendiente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de cada caso, especialmente cuando éstas no vienen contempladas por la generalidad de la norma». Pronunciándose en sentido parecido la STS de 6 de noviembre de 2013 (RJ 8333/2013), en cuanto a que «la equidad es la adecuación de la norma general a las particularidades del caso concreto al que ha de aplicarse».

nulidad de un contrato de compraventa<sup>49</sup>. Así, el supuesto de hecho al que se refiere la regla general que se contiene en dicho artículo dista, y mucho, de los rasgos característicos de un contrato de préstamo hipotecario. Por tanto, dadas las singularidades del supuesto enjuiciado por la STS de 9 de mayo de 2013, por vía del art. 3.2 CC podría haberse intentado justificar la limitación de los efectos del art. 1303 CC.

**41.** Consideramos que habría sido una vía más idónea haber recurrido al art. 3.2 CC, en vez de al art. 106 LRJPAC, entendiendo que «la equidad implica, más que una justicia abstracta, una justicia individualizada, y más que una justicia estrictamente legal, una justicia de tipo natural y moral»<sup>50</sup>. Pero, si tomamos como referencia la finalidad de la normativa de protección frente a las cláusulas abusivas, rebajar o mitigar los efectos derivados de la declaración de nulidad de las mismas no podría ser considerado ajustado a Derecho, ni tampoco respondería a los fines de una justicia *individualizada, natural y moral*. De hecho, en la misma sentencia que se viene comentando –STS de 9 de mayo de 2013–, acerca de la apreciación de oficio de la abusividad de las cláusulas se trae a colación la STS de 1 de julio de 2010 (RJ 6554/2010), puesto que en la misma se dice que «*es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero de 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les “trae cuenta” intentar utilizarlas, ya que “de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas (...)”*». Igualmente, se hace alusión a la STJUE de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05 (ECLI:EU:C:2006:675), en cuanto a la apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula y a lo previsto por el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE<sup>51</sup>, «*dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. P. I-10875, apartado 32)*».

**42.** En consecuencia, atendiendo a lo anteriormente dicho, en cuanto a los fines perseguidos por la Directiva 93/13, se puede concluir que interpretar el art. 1303 CC a la luz de lo previsto por el art. 3.2 CC, en beneficio de las entidades condenadas, conculcaría los fines propios de la normativa sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo. El hecho de endulzar las consecuencias derivadas de una declaración de abusividad, difícilmente se ajustaría al deber de disuasión o de prevención del uso de este tipo de cláusulas. Por tanto, a pesar de que habría sido más apropiado recurrir a un criterio de interpretación recogido en nuestro Código civil, en lugar de trasladarse al ámbito del Derecho administrativo, la doctrina jurisprudencial propuesta por del Alto Tribunal habría seguido siendo susceptible de planteamiento de una cuestión prejudicial por su posible incompatibilidad con lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13.

#### 4. El efecto restitutorio en los contratos de larga duración

**43.** A pesar del revuelo causado por la decisión del Tribunal Supremo acerca de la *posibilidad de limitar la retroactividad* de la nulidad de las cláusulas controvertidas, es de justicia poner de manifiesto que no sería la primera vez que se modera la eficacia *ex tunc* de la restitución de las cantidades percibidas de acuerdo con lo previsto por el art. 1303 CC. La STS de 9 de mayo de 2013 trae a colación la STS de 13 de marzo de 2012 (RJ 4527/2012), que advierte que «*la “restitutio” no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente*», sino que el hecho de volver «*a la situación patrimonial al contrato, no*

<sup>49</sup> J. DELGADO ECHEVARRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. II, M. ALBALADEJO (Dir.), Edersa, Madrid, 1981, p. 293; J. R. GARCÍA VICENTE, *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9267.; P. GRIMALT SERVERA, *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Comares, Granada, 2008, p. 140.

<sup>50</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, p. 536.

<sup>51</sup> Establece el art. 7.1 de la Directiva 93/13, «los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

*es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra». En los supuestos «de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes –sentencia 109/2009, de 26 de febrero-, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida. Por lo tanto, pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido un enriquecimiento».*

44. Sin embargo, en la STS de 13 de marzo de 2012 son declaradas nulas unas condiciones generales contenidas en un contrato de suministro de canales y servicios por satélite. Dichas condiciones generales se referían al arrendamiento de un descodificador y fueron declaradas abusivas debido a que imponían el *uso oneroso de un instrumento accesorio no solicitado por los clientes*. Pues bien, además de los razonamientos del Tribunal ya expuestos en la referida sentencia, se concluye que «*en el caso enjuiciado el Tribunal de apelación declaró probado (...) que las cantidades reclamadas por Unión de Consumidores de Pontevedra constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos descodificadores de que disfrutaron los abonados de las demandadas –aprovechamiento que, además, no están en condiciones de devolver y cuyo valor sería compensable con el crédito cuya satisfacción reclaman: artículos 1307 y 1308 del Código Civil–*».

45. La previsión del art. 1303 CC en cuanto a que una vez que se hubiese declarado la nulidad de una obligación «los contratantes deben restituirse las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses», resulta una medida apropiada para los supuestos de nulidad en el marco de un contrato de compraventa<sup>52</sup>. Por este motivo, cuando nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo, ocurre que los efectos *ex tunc* de la restitución de las prestaciones recibidas no parece ser la solución apropiada<sup>53</sup>, tal y como sucede con respecto a la resolución de los contratos conforme al art. 1124 CC<sup>54</sup> o bien respecto de los efectos *ex nunc* para los supuestos de obligaciones sometidas a condición resolutoria, en caso de producirse el evento del que pende la obligación. No obstante, no debemos olvidar que la nulidad de pleno derecho es un tipo de ineficacia «más propia de infracciones de normas de orden público o de interés colectivo»<sup>55</sup>, de modo que, dada la gravedad inherente a la causa que la provoca, opera *ipso iure*, lo cual nos aleja bastante de la resolución de los contratos por incumplimiento e, inclusive, de la anulabilidad.

46. La eficacia *ex nunc* en los contratos de tracto sucesivo, a pesar de darse un caso de nulidad de pleno derecho, podrá tener lugar siempre y cuando se dé esa *compensación* entre las cantidades a devolver y el efectivo aprovechamiento de un determinado bien a la que alude, por ejemplo, la STS de 13 de marzo de 2012. Se da en este supuesto que la nulidad de la cláusula *no afecta a la equivalencia de las prestaciones*, sin que se pusiese en duda el precio del arrendamiento del bien efectivamente pagado respecto del valor que dicho arrendamiento tiene en el mercado<sup>56</sup>. Pero, en el caso de los efectos restitutorios a consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que afecta a un contrato de larga duración como es el de préstamo hipotecario, la cantidad a devolver por las entidades bancarias es la diferencia correspondiente entre los intereses cobrados con motivo de dicha cláusula y lo que se obtenga al recalcular el cuadro de amortización del préstamo sin la cláusula anulada, sin que tal devolución plantee un supuesto de enriquecimiento injusto a favor del cliente, sino que precisamente evitaría el enriquecimiento injustificado de la entidad condenada.

<sup>52</sup> *Vid. Supra.*

<sup>53</sup> J. R. GARCÍA VICENTE, *Ídem*; S. QUICIOS MOLINA, *Tratado de Contratos*, Tomo I, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), N. MORALEJO IMBERNÓN / S. QUICIOS MOLINA (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1281, si bien limitándose a señalar la problemática relativa a dicha restitución en esta clase de contratos.

<sup>54</sup> Así lo recuerda, por ejemplo, la STS de 22 de abril de 2005 (RJ 3754/2005), citando las SSTS de 10 de julio de 1998 y de 21 de septiembre de 2001.

<sup>55</sup> J. DELGADO ECHEVARRÍA, *Comentarios al Código...*, p.236.

<sup>56</sup> Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 711, quien sostiene, además, que «en los contratos de uso o servicios de tracto sucesivo, así como en los de suministro para reventa, la nulidad acabe limitándose a producir un efecto *ex nunc*, manteniéndose cumplidas y ejecutadas conforme al contrato las prestaciones que ya fueron hechas».

47. Desde luego, la cuestión que aquí se plantea está necesitada de mayor desarrollo. No en vano, sí que tenemos en cuenta que *«la declaración de nulidad no comporta en todo caso y al margen del origen o defecto que la motivó el régimen sancionatorio previsto en el art. 1303 CC, sino que la determinación de sus consecuencias debe realizarse atendiendo a la naturaleza de la relación jurídica que se anula y a la causa que provoca la nulidad, de modo que su castigo se adecúe a la tipología del negocio o de la estipulación anulada y las circunstancias que confluieron para decretar su nulidad»*-SAP Pontevedra, Sección Primera, de 22 de septiembre de 2015 (RJ 233713/2015)-. Aunque el problema es que las normas dirigidas a la protección del adherente, sobre todo cuando el adherente es un consumidor, además de la finalidad tuitiva de las mismas, se le une la de disuadir al predisponente de introducir cláusulas que pudieren resultar reputadas como abusivas. Por este motivo, resulta difícil acogerse a lo que se concluye en la citada sentencia, respecto de la finalidad en los supuestos de nulidad de una condición general o cláusula predispuesta, la cual vendría a limitarse a *«depurar o limpiar aquellos aspectos que incumplen las medidas o controles valorativos establecidos para garantizar la corrección de la cláusula y que su inserción en el contenido contractual se realiza de manera transparente y leal»*, sin que sea necesario *«restituir el estado de las cosas a la situación primitiva»*, bastando con *«expulsar la cláusula del contrato y tenerla por no puesta»*.

### III. El control de transparencia a la luz de lo previsto por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

#### 1. Aproximación a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15<sup>57</sup>

48. El pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Civil en su sentencia de 9 de mayo de 2013 acerca de la limitación de los efectos restitutorios previsto en el art. 1303 CC, había generado posturas contradictorias tanto en nuestra doctrina como en la denominada jurisprudencia menor<sup>58</sup>. Ante el volumen de sentencias que se apartaban de la doctrina jurisprudencial referida a este punto, el Pleno de la Sala de lo Civil confirma su postura al respecto en su sentencia de 25 de marzo de 2015. De este modo, se unifica la doctrina jurisprudencial relativa a la limitación de los efectos restitutorios del art. 1303 CC, ya sea cuando se hubiese ejercitado una acción colectiva de cesación o bien una acción individual dirigida a la declaración de abusividad por un defecto de transparencia.

49. Como hemos puesto de manifiesto, la referida limitación practicada a lo establecido por el art. 1303 CC vendría a vulnerar los fines de la normativa de protección al adherente y, en caso de ser así, también conculcaría lo dispuesto por la Directiva 93/13. Así, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada –asunto C-154/15- y la Audiencia Provincial de Alicante –asuntos C-307/15 y C-308/15- plantean distintas cuestiones prejudiciales a fin de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie acerca de la posible incompatibilidad entre nuestra jurisprudencia sobre la interpretación del art. 1303 CC y el art. 6.1 de la Directiva 93/13 –puesto en relación con el art. 3.1 de la misma Directiva-. Las tres cuestiones prejudiciales planteadas se acumulan en un solo procedimiento al tener la misma naturaleza y referirse al mismo objeto –art. 54 del *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012*<sup>59</sup>-, puesto que en todos estos supuestos nos encontramos ante un defecto de transparencia que origina la declaración de abusividad de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario y, a su vez, se procede a la limitación de los efectos restitutorios del art. 1303 CC en base al mismo argumento, esto es, la salvaguarda del orden público económico.

<sup>57</sup> ECLI:EU:C:2016:980.

<sup>58</sup> Entre otros, S. CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e...”, p. 561.

<sup>59</sup> DO L 265, de 29 de septiembre de 2012, Reglamento modificado el 18 de junio de 2013 (DO L 173, de 26 de junio de 2013, p. 65).

**50.** Este tema concreto, a nuestro juicio, se debería centrar más bien en la interpretación del art. 1303 CC y su encaje dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que pertenece a la esfera de la teoría general de los contratos, independientemente de los pronunciamientos realizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en el supuesto que nos ocupa, se circunscribe a la contratación por adhesión en la que el adherente es un consumidor. No obstante, en vista del tratamiento que ha recibido la interpretación del art. 1303 CC por parte de nuestra jurisprudencia, ha sido necesaria la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con su sentencia de 21 de diciembre de 2016, para iniciar un debate de mayor profundidad sobre el referido artículo.

**51.** El Abogado General en sus Conclusiones sobre las cuestiones prejudiciales planteadas y acumuladas<sup>60</sup>, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que concurren, entiende que uno de los motivos por los cuales nuestro Tribunal Supremo procede a la limitación de los efectos restitutorios es «*en atención al hecho de que consideraba haber aplicado ex novo un control reforzado de la transparencia de las cláusulas controvertidas, el Tribunal Supremo, a instancias del ministerio fiscal, limitó los efectos en el tiempo de su sentencia*». Si bien es una apreciación del Abogado General que, en realidad, no fue alegada en la STS de 9 de mayo de 2013, se intuye que, efectivamente, pudo ser la motivación por la que el Alto Tribunal se decantó por la limitación de los efectos restitutorios.

**52.** En síntesis, el Abogado General estima que, respetando los principios equivalencia y de efectividad, el art. 6.1 de la Directiva ha de interpretarse en el sentido de que «*no se opone a la decisión de un órgano jurisdiccional supremo mediante la que éste declara el carácter abusivo de las cláusulas «suelo», ordena que cese su utilización y que se eliminen de los contratos existentes y declara su nulidad limitando, al mismo tiempo, en atención a circunstancias excepcionales, los efectos, restitutorios en particular, de esa nulidad a la fecha en que dictó su primera sentencia*». De esta forma, según el Abogado General, nos hallamos ante una cuestión que ha de considerarse competencia de los tribunales nacionales.

**53.** En el caso de autos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 se dedica a dilucidar si el art. 6.1 de la Directiva 93/13 –puesto en relación con el art. 3.1 de la misma Directiva– es incompatible con la limitación realizada por Tribunal Supremo respecto de la restitución de lo percibido con motivo de las cláusulas declaradas abusivas<sup>61</sup>.

**54.** Estamos ante una resolución que, acerca de la cuestión principal, se aparta de las Conclusiones del Abogado General sobre dicho asunto, de manera que en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 se aprecia justo lo contrario a lo sostenido por el Abogado General en sus Conclusiones, al entender que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que «*se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión*».

**55.** Aunque el objeto de la reciente sentencia europea que nos ocupa se refiera a la restitución de las cantidades percibidas con motivo de una cláusula contractual declarada nula por abusiva, no es

<sup>60</sup> ECLI:EU:C:2016:552.

<sup>61</sup> Exactamente, dice así el TJUE: «*los tribunales remitentes piden sustancialmente que se dilucide si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el mencionado carácter abusivo*».



menos cierto que la misma viene a aclarar y a asentar su propia doctrina respecto de cuestiones de enorme relevancia en el ámbito de la contratación por adhesión, que sigue estando necesitado de desarrollo doctrinal y legislativo.

## 2. Relación entre la falta de transparencia y la declaración de abusividad

56. La interpretación del art. 4.2 de la Directiva 93/13 realizada por el Tribunal Supremo ha sido objeto de numerosas críticas<sup>62</sup>. Pero, según reiterada doctrina jurisprudencial, la falta de transparencia de alguna de las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o las que se refieran a la adecuación entre precio y retribución o bien a los servicios o bienes a proporcionar como contraprestación, lleva implícita la declaración de abusividad.

57. No obstante, hasta ahora quedaba por aclarar si la falta de transparencia ha de desembocar en la abusividad de la cláusula de que se trate. En atención a las Conclusiones del Abogado General, con fecha de 13 de julio de 2016, dichas cláusulas únicamente podrán ser eximidas de ser sometidas al control de abusividad en el caso de que fueren redactadas de manera clara y comprensible, tras lo cual, en base a la STJUE de 9 de julio de 2015, *Bucura*, C-348/14 (ECLI:EU:C:2015:447), añade que, «*si el órgano jurisdiccional nacional estima que no es ese el caso, deberá declarar que esa cláusula es abusiva*». Aunque el valor de las Conclusiones del Abogado General no es equiparable al de una resolución judicial, lo que sí es cierto es que las mismas son empleadas de manera frecuente para la interpretación del Derecho de la Unión Europea<sup>63</sup> y, en este sentido, podría suceder que se generalizase la relación entre falta de transparencia y abusividad.

58. A pesar de que el art. 4.2 Directiva no se expresaba en los mismos términos que la normativa alemana, al relacionar de manera directa la falta de transparencia con la abusividad, finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece haberse decantado por dicha interpretación. Aunque ésta ha sido la tesis sostenida por algún sector de nuestra doctrina<sup>64</sup>, en España nos encontramos con el *impedimento* de contar con un control de incorporación riguroso que, a efectos de interpretar el art. 4.2 de la Directiva 93/13, se supone que, en nuestro caso, ninguna de las cláusulas a las que se refiere el citado artículo de la norma europea, en el supuesto de no ser transparentes, podrían llegar a ese estadio en el que ha de juzgarse su posible abusividad, ya que de no ser transparentes no quedarían incorporadas al contrato. A mayor abundamiento, cuando la Directiva no establece cuál es la consecuencia derivada del incumplimiento de los deberes de claridad y comprensibilidad en la redacción de las cláusulas –*ex* art. 5 de la Directiva 93/13–.

59. En definitiva, a raíz del pronunciamiento del Abogado General, inspirado en la propia jurisprudencia europea, podría ser interesante plantear al Tribunal de Justicia si la falta de transparencia ha de

---

<sup>62</sup> L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “La progresiva degradación...”, p. 7; Á. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO, “El espurio control...”, p. 175, señalan que si el art. 4.2 de la Directiva 93/13 establece semejante limitación es porque, cuando una cláusula define el objeto principal del contrato, el adherente ha prestado su consentimiento en este punto, de manera que no se *adhiera* simplemente; Á. CARRASCO PERERA / M. C. GONZÁLEZ CARRASCO, “La doctrina casacional...”, p. 148, en relación a la falta de transposición del art. 4.2 Directiva, sostiene que no se debe permitir una ampliación del control de contenido en beneficio del consumidor; F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, p. 135, considera que «*siempre que* las cláusulas relativas al precio y al objeto se redacten de manera clara y comprensible, se excluye la declaración de abusividad de las mismas, lo que no equivale a decir, «a sensu contrario», que *siempre que* no se redacten de manera clara y comprensible serán declaradas, sin más, abusivas»; S. CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e...”, pp. 563 y 564, pone de manifiesto que, hasta aquel momento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no había establecido, por lo menos de manera clara, que la consecuencia de no superar el control de transparencia sea la declaración de abusividad, sino que, más bien, la falta de transparencia podría permitir la valoración de que una cláusula referida al objeto principal del contrato fuese abusiva o no.

<sup>63</sup> Acerca de la labor del Abogado General, I. SOCA TORRES, *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*, Bosch, España, 2016, p. 403, «los Abogados Generales, solamente pueden influir en la resolución del procedimiento mediante el poder de convicción o persuasión de sus conclusiones motivadas, pues no participan en las deliberaciones ni en las votaciones de los Jueces».

<sup>64</sup> *Vid. Supra*.

desembocar necesariamente en una declaración de abusividad o si, por el contrario, esta es una cuestión a determinar por cada normativa nacional que, como en nuestro caso, derivaría –o debería derivar– en la no incorporación de la cláusula controvertida.

### 3. La noción de comprensibilidad real

60. Hemos manifestado anteriormente nuestro desacuerdo respecto de la interpretación de los requisitos de incorporación o inclusión que realiza el Tribunal Supremo. En este sentido, son bastante clarificadoras las Conclusiones del Abogado General que venimos comentando. En el apartado 46 de sus Conclusiones, se trae a colación la STJUE de 30 de abril de 2014, en la que el Tribunal declaró que el deber de redactar las cláusulas de manera clara y comprensible –*ex art. 5 Directiva de la 93/13*– ha de entenderse en el sentido de que habrá de serlo así, desde un punto de vista gramatical, pero, al mismo tiempo, ha de implicar que resulten comprensibles para el consumidor en el sentido de que cuente «*con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato*».

61. Así, en la STJUE de 30 de abril de 2014, se plantea que *el alcance exacto* de los requisitos de redacción es *incierto*. De este modo, indica que «*puede entenderse en el sentido de que toda cláusula contractual ha de ser comprensible desde un punto de vista lingüístico y gramatical. No obstante, también puede significar en un sentido más amplio que los motivos económicos que sustentan el empleo de una cláusula específica y su relación con las demás cláusulas contractuales deben ser claros y comprensibles*». Ciertamente, *puede* entenderse de ese modo; es decir, que responda a lo que nuestra jurisprudencia ha denominado *transparencia formal*. Sin embargo, tal posibilidad iría contra los propios fines de la Directiva 93/13<sup>65</sup>. De este modo, de acuerdo con la citada sentencia, «*el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información*», por lo que el deber de transparencia ha de entenderse de manera extensiva, esto es, más allá de la *transparencia formal*–además, en atención a lo dispuesto en su vigésimo considerando, que al decir que «*los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles*», a continuación, se concreta que «*el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas*»–.

62. Asimismo, se realiza una precisión de gran relevancia: el deber de claridad y de comprensibilidad en la redacción del clausulado tiene el mismo significado tanto en los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 como en su vigésimo considerando. Al respecto, se recuerda en la STJUE de 3 de junio de 2010, *Caja de ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08 (ECLI:EU:C:2010:309), que «*como indica expresamente el duodécimo considerando de la Directiva, este sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva*». En consecuencia, cuando una normativa nacional aborda la cuestión referida a la transparencia en el clausulado, esta transparencia será, en todo caso, una transparencia entendida en un sentido pleno, lo cual se regula en nuestro ordenamiento en el ámbito del control de incorporación.

### 4. Carácter *abierto* del art. 6.1 de la Directiva 93/13 y la competencia del legislador nacional

63. La STJUE de 21 de diciembre de 2016 aborda el problema surgido a raíz de la redacción imprecisa del art. 6.1 de la Directiva 93/13. Siguiendo lo establecido por el Abogado General en sus Conclusiones de 13 de julio de 2016, señala que el legislador optó por la expresión «*no vincularán*» a

---

<sup>65</sup> Ya que, además de lo expresado en el vigésimo considerando, en el noveno considerando de la misma, y como continuación del anterior considerando, en el que se hace referencia a diversos programas comunitarios de política de protección e información de los consumidores, se dice que «*con arreglo al principio establecido en ambos programas en el título «Protección de los intereses económicos de los consumidores», los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial conta [sic] los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos*».

la que califica como *neutra*, evitando realizar «referencia expresa a la nulidad, anulación o a la resolución». Nos hallamos, por tanto, ante una «remisión expresa a los Derechos nacionales».

64. Cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aborda la cuestión, se centra en los fines de la Directiva 93/13 y sostiene que «incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma». El órgano judicial europeo no pretende, en modo alguno, determinar el tipo de ineficacia que ha de derivar de la declaración de abusividad de una cláusula, cuestión que deja en manos de cada legislador nacional. Lo que preocupa a dicho Tribunal es la finalidad de la norma y la consecuencia que ha de provocar tal declaración de abusividad.

65. Como es sabido, el art. 6.1 de la Directiva, desde una perspectiva teleológica, pretende paliar la desigualdad estructural implícita en la contratación por adhesión –asimetría subjetiva–. De acuerdo con los razonamientos de los intérpretes de las normas europeas –a la que se acoge, con mayor o menor entusiasmo, la práctica totalidad de nuestra doctrina–, tal desigualdad se produce con motivo de la desventaja del adherente en lo que respecta a la información contractual<sup>66</sup>. Así, se recuerda en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, en atención a la STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11 (ECLI:EU:C:2013:180), que «reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración». En realidad, nada nuevo se indica. Se pretende dispensar la protección necesaria al proceso de formación del consentimiento, solo que, en el ámbito de la Directiva 93/13, tal protección se centra en la figura del consumidor, postura de la que se aleja, por ejemplo, el Voto Particular emitido en la STS de 3 de junio de 2016, donde se indica que excluir al empresario de la protección dispensada por el deber de transparencia –considerándolo un auténtico principio jurídico– supone desatender el hecho de que el deber de transparencia tiene como fundamento de aplicación la «predisposición del clausulado e inferioridad de la posición contractual del adherente»; es decir, que no solo hemos de prestar atención a la referida asimetría subjetiva que responde a la dicotomía empresario-consumidor, sino que, además, no debemos olvidar que la sola predisposición de todo o parte del clausulado ya implica una desventaja para el adherente con independencia de que éste actúe como empresario o como consumidor.

66. La solución propuesta por el Abogado General y la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13, son manifiestamente opuestas. El Abogado General entiende que «el Derecho de la Unión no armoniza ni las sanciones aplicables en el supuesto del reconocimiento del carácter abusivo de una cláusula ni las condiciones en las que un órgano jurisdiccional supremo decide limitar los efectos de las sentencias», aspecto en el que coincide el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>67</sup>.

67. No obstante, la brecha entre ambas valoraciones se halla en que el Abogado General considera que «la protección del consumidor no es absoluta» y que, en base a ello, y siempre que sea de manera excepcional, la limitación de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad es justificable si se pretenden paliar «las repercusiones macroeconómicas sobre el sistema bancario de un Estado miembro que ya se encontraba debilitado». A juicio del Abogado General, dicha limitación no supone ningún impedimento al restablecimiento del equilibrio entre las partes por dos motivos. El primero de

---

<sup>66</sup> A esta asimetría estructural hacen referencia, por ejemplo, F. PEÑA LÓPEZ, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 137; por otro lado, S. CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. CÁMARA LAPUENTE (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 215, hace alusión a la desigualdad jurídica, negociadora, económica e informativa entre consumidor y empresario. También, J. R. GARCÍA VICENTE, *Tratado de Contratos...*, p. 137, aprecia que la debilidad negocial y la consecuencia de la imperatividad de las normas sobre consumo bien pueden equipararse a las medidas proteccionistas propias del Derecho del trabajo.

<sup>67</sup> *Vid. Supra*.

ellos, porque «*el consumidor vinculado por un contrato de préstamo que incluía una cláusula «suelo» podía fácilmente cambiar de entidad bancaria mediante una novación modificativa del contrato*». Y, el segundo de ellos es que «*la aplicación de la cláusula «suelo» no había tenido como consecuencia una modificación sustancial del importe de las mensualidades debidas por los consumidores*».

**68.** En cambio, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 pone de relieve que «*incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma*». Al respecto, ha de precisarse que una cosa es la moderación del contenido de las cláusulas declaradas abusivas y otra muy distinta es la relativa a la moderación de los efectos derivados de dicha declaración. Pero, volviendo a lo que concierne a la limitación de la retroactividad de los efectos restitutorios, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esta medida adoptada por la STS de 9 de mayo de 2013 y refrendada por la de 25 de marzo de 2015, significa «*garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha de pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo*». Así, se priva al consumidor el «*derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente la entidad bancaria sobre la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013*».

**69.** En definitiva, la privación del derecho del consumidor a la restitución de las cantidades recibidas por las entidades bancarias antes de la STS de 9 mayo de 2013, supone una limitación de la protección que los Estados miembros han de proporcionar al consumidor, *ex art. 7.1* de la Directiva 93/13, concluyendo el Tribunal europeo que la postura mantenida por nuestra doctrina jurisprudencial es incompatible con el Derecho de la Unión. De este modo, una correcta interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13 desemboca en la oposición «*a una doctrina jurisprudencial nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración de carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva*».

**70.** A nuestro juicio, parece más apropiado el razonamiento seguido por el Abogado General, habida cuenta del conjunto de circunstancias que se da en el supuesto enjuiciado. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene a seguir la doctrina aplicada en relación a la no moderación del contenido de las cláusulas que hubieren sido declaradas abusivas en este sentido -SSJTUE de 14 de junio de 2012, C-618/10, y la de 21 de enero de 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13-, lo cual, si bien también puede estar necesitado de revisión<sup>68</sup>, en realidad, poco tiene que ver con la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios nacidos con motivo de la declaración de abusividad.

#### IV. Conclusiones

**71.** Ha quedado patente que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea evidencia la necesidad de revisión del control de transparencia. No obstante, dicha revisión debería comenzar por aquellos aspectos que se encuadran dentro de la teoría general de los contratos, como el relativo a la obligación de restitución contemplado en el art. 1303 CC. Ciertamente, la especialidad inherente a la contratación por adhesión hace que ésta sea elevada a una categoría contractual autónoma,

<sup>68</sup> Acertadamente, Á. CARRASCO PERERA, “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3/2012, p. 147, acerca de la imposibilidad de moderar tales cláusulas, plantea lo siguiente: «piénsese qué ocurriría si la cláusula excesiva fuera la relativa a los intereses remuneratorios y no a los moratorios; se trataría de una al banco “abusador” peor que trata a los usuarios la vieja Ley Azcárate de 1908, los cuales podrían atenerse a la nulidad total». Concluyendo que, esta doctrina del TJUE «no sirve para aquellos supuestos donde la eliminación de la cláusula por entero dañaría la posición del consumidor frente a otras opciones más favorables, ni para aquellos casos en que la eliminación se llevaría por delante un elemento esencial del contrato, por lo que éste no podría subsistir». En este sentido, S. CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e...”, p. 560, mantiene que, si la cláusula suelo se refiere al objeto principal del contrato, «eliminada aquélla éste no puede subsistir, cosa que no sucede, al quedar operativo el interés variable».

pero no son pocos los aspectos para los que siguen siendo de aplicación las normas de Derecho común. Así pues, corresponde a nuestra jurisprudencia y a nuestra doctrina dar solución a este tipo de planteamientos, ya que van más allá de lo que concierne a la protección del consumidor y es conveniente acomodarse a nuestra propia tradición jurídica.

72. Lo anteriormente dicho entronca con una cuestión que, probablemente, será objeto de discusión más adelante. Nos referimos al razonamiento llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 en cuanto a la equiparación entre la moderación de las cláusulas declaradas abusivas y la moderación de los efectos de tal declaración. Aunque de fondo lo que impera es la intención de otorgar una protección adecuada al consumidor junto con la finalidad de disuadir al predisponente de introducir cláusulas que pudieren reputarse abusivas, la protección al consumidor no es absoluta.

73. Las circunstancias sobre las que gira el supuesto enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 suponen el detonante para la creación jurisprudencial del control de transparencia. De manera sintética, los pormenores a los que nos referimos son los que siguen. En primer lugar, el ejercicio de una acción colectiva de cesación, centrada en la supuesta abusividad de las cláusulas suelo –de acuerdo con el art. 82 TRLGDCU-. En segundo término, la consideración de que las mismas son lícitas en relación a su contenido. Y, en tercer lugar, la obligación de control de oficio, referido al examen de abusividad, pero no en lo que respecta al control de incorporación, el cual solo podrá ser iniciado a instancia de parte. Además, a todo ello ha de sumarse la presión social en el asunto que nos ocupa.

74. Aunque hemos mantenido una postura según la cual nos parece inadmisibles la limitación de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad –por lo menos en los términos de la actual doctrina jurisprudencial-; justificar la creación *ex professo* del control de transparencia nos parece igualmente difícil, más aún cuando no se ha determinado con precisión qué deberes ha de observar la parte predisponente para entender que una cláusula concreta es, efectivamente, transparente.

# COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

## COMMENTS ON THE SENTENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF 21 DECEMBER 2016

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Director General de los Registros y del Notariado*

Recibido: 13.01.2017 / Aceptado: 15.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3631>

**Resumen:** La finalidad de este trabajo es ofrecer un análisis breve, claro y riguroso del tratamiento que las cláusulas suelo han recibido en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de Diciembre de 2016, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15. Éste ha sido un caso polémico que ha tenido una gran repercusión en la opinión pública española.

**Palabras clave:** cláusulas suelo, nulidad, retroactividad, Derecho de la UE, efectos *ex tunc*, protección de consumidores y cláusulas generales de la contratación.

**Abstract:** The purpose of this paper is to provide a brief, clear and rigorous analysis of the treatment that the floor clauses have received in the judgment of the Court of Justice of the European of 21 December 2016, Cases C-154/15, C-307/15 and C-308/15. This has been a controversial case that has had a great impact in the Spanish public opinion.

**Keywords:** floor clauses, nullity, retroactivity, EU Law, *ex tunc* effects, consumers protection, general contracting clauses.

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares. II. Las cláusulas suelo. III. Cláusula cero. IV. Efectos *ex tunc* de la nulidad. V. Prescripción de la acción. VI. El mecanismo especial de arreglo de diferencias.

### I. Consideraciones preliminares

1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de Diciembre de 2016, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15<sup>1</sup>, ha fallado que la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesio-

---

<sup>1</sup> STJUE 21 de diciembre de 2016, *Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA contra Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980. Esta sentencia del TJUE es consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada.

nal, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

En definitiva considera no ajustada al Derecho de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, por la que se establece el carácter no retroactivo de la doctrina contenida en su Sentencia n.º 241/2013, de 9 de mayo de 2013 en la que, el Tribunal Supremo, tras constatar el carácter abusivo de las cláusulas que establecían un umbral mínimo por debajo del cual no podía situarse el tipo de interés variable (en lo sucesivo, «cláusulas suelo»), cláusulas contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario celebrados con los consumidores, declaró la nulidad de tales cláusulas.

## II. Las cláusulas suelo

2. El Tribunal Supremo español había declarado en esta sentencia de 9 de Mayo de 2013 la nulidad por abusivas de las cláusulas suelo contenidas en los préstamos hipotecarios a interés variable, en las que se fijaba un porcentaje mínimo de evolución<sup>2</sup>, cuando la entidad financiera, como predisponente de la condición general, no hubiera informado suficientemente al consumidor de los riesgos asumidos.

3. Debe recordarse que estamos en el ámbito de condiciones generales de la contratación, en la medida que son cláusulas predispuestas que impone una de las partes (la entidad financiera) al consumidor, con independencia de la autoría material de las mismas. Y aunque pueda entenderse que los intereses, tanto ordinarios como de demora, forman parte del contenido principal del contrato, hay que recordar que en nuestro Derecho no está excluido que también cuando éste sea regulado a través de clausulado de condiciones generales, le sean aplicable la normativa protectora del consumidor en esta clase de contratación. Y ello no sólo porque la Ley de condiciones generales de la contratación no excluya expresamente de su ámbito la definición del objeto principal del contrato, sino sobre todo porque la propia Directiva 93/13/CE somete a los mismos controles de abusividad a las cláusulas que no hayan sido transparentes<sup>3</sup>.

4. Las cláusulas suelo en los intereses variables no es que en sí mismas sean abusivas, sino que pueden llegar a serlo si no se ha explicado al consumidor suficientemente su trascendencia y significado, esto es, los riesgos de suscribir un contrato donde se ha incorporado una cláusula de esta naturaleza. Dicho de otra forma, si la cláusula suelo está suficientemente explicada, a través de ejemplos en escenarios diversos de evolución de los tipos de interés, la cláusula suelo será plenamente válida, máxime si se fija paralelamente una cláusula techo de evolución de los tipos de interés (límite mínimo y máximo de evolución).

Se habla así tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de un doble control de incorporación: el consumidor no sólo debe entender gramaticalmente lo que firma sino que además debe comprender los riesgos derivados de la cláusula firmada. Esto explica que la jurisprudencia del TJUE haya declarado nulas las condiciones generales que no sean entendibles por un consumidor medio, *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz* en la terminología del Alto Tribunal europeo.

---

<sup>2</sup> La cláusula de interés variable consiste en pactar un tipo de interés inicial nominal anual del X% por cien, que estará vigente hasta el día que se cumplan Y meses de la fecha de formalización. Se pacta la periodicidad de revisión del tipo de interés y un diferencial de Z puntos sobre el tipo de referencia (un tipo de referencia oficial variable como el EURIBOR o el IRPH, publicados en BOE de conformidad con la Circular 8/90 del Banco de España). No obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al X % (en el caso 15,000 por cien anual), ni inferior al X' % (en el caso el 3,250 por cien nominal).

<sup>3</sup> El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE establece que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Lo que a sensu contrario significa que cuando no haya una explicación clara y comprensible de las condiciones generales atinentes al objeto principal, estarán sujetas a la posibilidad de impugnación por abusividad.

5. El clausulado de los préstamos y créditos hipotecarios debe ser interpretado conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE según ha declarado el TJUE<sup>4</sup>. En la sentencia de 23 de abril de 2015 recuerda que, según su propia jurisprudencia interpretativa de la Directiva sobre las cláusulas abusivas, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se refiere a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, siempre que se cumplan con los requisitos de transparencia<sup>5</sup>.

Por tanto, la cláusula debe ser clara y transparente, es decir, estar redactada de modo comprensible para el consumidor. Para considerar que las cláusulas están redactadas de manera clara y comprensible no sólo hay que atender al “*plano gramatical*”, sino también a que expongan “*de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo*”. Y es aquí donde asegura que “*hay que tener en cuenta el entramado contractual en el que se inserten, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que para él se deriven de tales cláusulas*”. De no ser así, añade, “*el tribunal nacional podrá apreciar el posible carácter abusivo de la cláusula en cuestión*”<sup>6</sup>.

6. Esto es predicable de las cláusulas suelo de tipos de interés de los préstamos hipotecarios a pesar de estar formalizados ante notario, esto es, en escritura pública. Y por eso no basta con que al consumidor se le lea la escritura ni que la entienda, sino que tiene que comprender los riesgos que para su patrimonio puede llegar a tener. Podemos llegar a concluir (aunque esto no lo haya dicho —aún— el TJUE) que ni siquiera la firma manuscrita del propio consumidor, afirmando estar informado, exigida por la Ley 1/2013 para la protección de los deudores hipotecarios sea suficiente a este efecto.<sup>7</sup> Se re-

<sup>4</sup> STJUE 21 de marzo de 2013; STJUE de 30 de abril de 2014 y la STJUE de 26 febrero de 2015.

<sup>5</sup> Eso es precisamente lo que ocurría en el caso en litigio, que afectaba al objeto principal y no había sido suficientemente informado el consumidor al tratarse de un contrato de seguro, eso sí, ligado a un contrato de préstamo para la adquisición de un bien inmueble, con el fin de asegurar un hipotético impago de las mensualidades por parte del consumidor en caso de encontrarse en situación de incapacidad total para trabajar.

<sup>6</sup> STJUE 26 de febrero de 2015, *Matei*, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, se refiere igualmente al deber de transparencia real en los siguientes términos:

“73. A este respecto, debe recordarse que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 —los cuales tienen, por lo demás, un alcance idéntico— no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical (véase, en este sentido, la STJUE 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 69 y 71).

74. De los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la STJUE 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 73).

75. Tal cuestión debe ser examinada por el tribunal remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véase, en este sentido, la STJUE 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74)”.

En el mismo sentido la STJUE 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, citada en la STS de 8 de septiembre de 2014, declara que: “la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”.

<sup>7</sup> El artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de Mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, exige que en la escritura de préstamo hipotecario se incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea infe-



quiere comprensión gramatical de la cláusula, y explicación de los riesgos, de manera que ni la firma manuscrita ni la lectura por el notario de la cláusula puede sustituir ese entendimiento de los riesgos que se están asumiendo.

### III. Cláusula cero

7. Este mismo debate sobre el control de inclusión en el contrato y de transparencia de la cláusula suelo es extrapolable a la denominada “cláusula cero”, por virtud de la cual se establece que el préstamo no devengará intereses negativos. Desde un punto de vista conceptual se defiende que es de esencia de los contratos de préstamo que exista un interés en favor del prestamista, pues lo contrario desnaturalizaría el contrato, por lo que no debería plantear mayores problemas de inclusión una cláusula de este tipo. Sin embargo, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es la de tratar esta cláusula como las demás cláusulas suelo y por tanto exigir del doble control de incorporación y transparencia, y por ende la firma manuscrita (véase por todas Resolución DGRN de 10 de Noviembre de 2016 que se planteó un caso de cláusula suelo<sup>8</sup>).

La DGRN aunque reconoce que el préstamo es por esencia retribuido y que en su cómputo global no puede el prestamista terminar pagando al prestatario, no obstante admite que en el cálculo de los intereses en los períodos contractuales pueden atravesarse coyunturas de intereses negativos<sup>9</sup>.

---

rior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas.

<sup>8</sup> La cuestión que se planteaba en esta resolución consiste en la determinación de si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, es decir, que no podrá recibir importe alguno como en tales supuestos, es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, siempre que se den, como ocurre en el presente caso, los presupuestos de aplicación de la misma. El notario recurrente alega en favor de la no necesidad de la expresión manuscrita en este caso, que el préstamo por naturaleza puede ser gratuito, si no devenga intereses, u oneroso, si los devenga a favor del prestamista, pero nunca puede devengar intereses a favor del prestatario. Las razones que exponen son, en primer lugar, que el interés por definición es la remuneración del acreedor y, en segundo lugar, que en caso de devengarse en favor del prestatario se estaría alterando la naturaleza jurídica del contrato que dejaría de ser un préstamo mutuo para convertirse en otro tipo de contrato. Además, argumenta en extenso que el pacto del sistema de amortización francés, cuya fórmula consta en la escritura, implica que la cuota de amortización, en cada período de interés, variará atendiendo a cuál sea el tipo de interés aplicable en cada uno de ellos; pero que cuando el tipo de interés constituye un valor negativo, la consecuencia financiera de la aplicación de la fórmula matemática será igual a cuando el préstamo no devenga intereses y, en consecuencia, durante ese período sólo se restituye capital. Por último, afirma el recurrente que una cláusula como la discutida que lo que señala es que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor, no constituye una cláusula contractual de suelo del cero por ciento sino una cláusula de tipo legal o aclaratoria de una condición esencial del contrato de préstamo formalizado de común acuerdo entre ambas partes, que señala que el préstamo nunca devengará intereses a favor del prestatario, pero porque así deriva naturalmente de la Ley y del sistema de amortización francés elegido, es decir, sin que se pacte expresamente un tipo fijo mínimo

<sup>9</sup> La DGRN señala que el artículo 6 Ley 1/2013- dispone lo siguiente: «1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas». Por su parte, el Banco de España, en el Anexo 9 de la guía de acceso al préstamo hipotecario de julio de 2013, ya ha determinado los términos de tal expresión al fijar como modelo la siguiente fórmula ritual: «...he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que... el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]». Al interpretar esta norma debe tenerse en cuenta, como reiteradamente ha puesto de manifiesto este Centro Directivo, que se ubica en el Capítulo II de la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, bajo la rúbrica del «fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios», artículo que como expresa el Preámbulo de la Ley, introduce mejoras en el mercado hipotecario que se adoptan «como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barce-

lona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993». Se trata de una declaración de indudable valor interpretativo que, como señala la Resolución de este Centro Directivo de 12 de marzo de 2015, debe ponerse en relación con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la citada Sentencia de 14 de marzo de 2013, y con la propia jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Supremo respecto de las normas de nuestro Derecho interno a través de las que se ha traspuesto en nuestro ordenamiento la citada Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (especialmente la relevante doctrina sentada por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 241/2013, de 9 de mayo), de la que, a su vez, se ha hecho eco la doctrina de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente). Una cuestión semejante referida al marco de aplicación del citado artículo 6 de la Ley 1/2013 y los supuestos en que se hace necesario exigir la denominada expresión manuscrita del prestatario, ya fue abordada por este Centro Directivo en la citada Resolución de 12 de marzo de 2015, distinguiendo los distintos ámbitos del control de inclusión, de transparencia y de abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, Resolución a la que se remite la presente y cuya doctrina se resume en los números siguientes, siguiendo el criterio ya recogido en las Resoluciones de 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 y 15 de julio de 2016. 4. Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 5 de febrero de 2014, la valoración de las denominadas «cláusulas suelo» se incardina en el ámbito del control de inclusión y de transparencia de los contratos con condiciones generales de la contratación, pues se trata de un control previo al del contenido o abusividad, cuyo análisis en relación con las cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios relativos al objeto principal del contrato, y en particular en relación con las cláusulas de interés variable y las relativas a su composición o determinación, o las cláusulas a ellas asociadas (como en el caso de los contratos o cláusulas de cobertura del riesgo de los intereses variables) ha sido abordada en profundidad por nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, en las Sentencias número 241/2013, de 9 de mayo, y otras posteriores como la número 464/2014, de 8 de septiembre, y la más reciente, Pleno de la Sala Civil, número 139/2015, de 25 de marzo. Partiendo de que las cláusulas que disciplinan contractualmente los intereses variables y las determinaciones accesorias que influyen en su fijación o variación, incluyendo cualquier elemento de coste financiero que vaya asociado al mismo, deben entenderse incluidos en el concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido que da a tal expresión la citada Sentencia número 241/2013, de 9 de mayo de la misma («forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario»), en cuanto resulta relevante en la resolución del presente expediente, interesa subrayar los siguientes pronunciamientos de la primera de las citadas Sentencias: a) como regla general no cabe el control de equilibrio prestacional de estas cláusulas, porque el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones» que se identifica con el objeto principal del contrato, de tal forma que no cabe un control del precio, y b) el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de inclusión y transparencia. Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el registrador, como señala la Resolución de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2013, no sólo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. En este sentido, la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, reconociendo que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, añade que «también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta», a lo que añade la citada Sentencia que «el artículo 4-2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”, precepto del que extrae a contrario sensu que “las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se someten a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible”». Esta obligación de claridad y transparencia se controla a través de un doble filtro. El primero es aplicable a todo contrato con condiciones generales de la contratación, con independencia de que en el mismo intervenga o no un consumidor, a través del llamado control de incorporación o inclusión de la cláusula al contrato (vid. artículo 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación). El segundo filtro, limitado, según doctrina mayoritaria, al caso de los contratos con consumidores, se articula a través del control de transparencia, en relación con el cual la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 es elocuente al afirmar que «el artículo 80.1 TRLCU dispone que “en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”, lo que permite concluir que el control de transparencia “cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la ‘carga económica’ que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”. Añadiendo que “en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”». La importancia de este segundo control de transparencia en relación con las cláusulas no negociadas individualmente relativas al objeto principal del contrato se pone de manifiesto en las conclusiones alcanzadas por el Alto Tribunal: «a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el

control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato». Como afirma la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, «el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predisuelta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predisuelta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)». Y añade esta Sentencia que «(...) el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales [...] el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predisuelta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)». La caracterización básica que define el control de transparencia, como ha puesto de manifiesto la doctrina y resulta especialmente de las expresadas STS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014, responde a la expansión conceptual del principio de buena fe, como presupuesto tanto del control de eficacia de las condiciones generales, como de fuente de creación de especiales deberes por parte del predisponente, que, por ejemplo, en este ámbito de las cláusulas limitativas de los tipos de interés se proyectarían en una adecuada diferenciación de las mismas a través de sus inclusión en una cláusula propia, o su indicación en párrafo separado y con letras en negrita, mayúsculas o subrayado, y la información sobre escenarios posibles o de la evolución histórica de los tipos de interés adoptados. A la luz de estos claros criterios jurisprudenciales se debe realizar la valoración del defecto opuesto en la calificación impugnada, pues, como se ha expuesto, la expresión manuscrita a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, está relacionada con los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en las citadas Sentencias. 5. Pues bien, es este control previo y doble de incorporación y transparencia el que se ha visto reforzado por el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuya interpretación se ha de hacer partiendo del contexto legal y jurisprudencial, nacional y comunitario, que se ha expuesto en el precedente fundamento, contexto que condiciona la validez de las cláusulas hipotecarias al cumplimiento de los requisitos legales tendentes a asegurar una comprensibilidad real de las mismas por parte del prestatario. Es decir, frente a la opinión de quienes defienden una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (vid. Resolución de 29 de septiembre de 2014). El control de inclusión o incorporación al contrato de las cláusulas de los contratos sobre servicios financieros que revistan caracteres de condición general de la contratación, viene regulado en la actualidad por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que impone determinados deberes de información a las entidades prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura, que de forma sintética, comienzan por la entrega al solicitante de una guía del préstamo hipotecario (artículo 20), sigue con la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) (artículo 21), continua luego con la Ficha de Información Personalizada (FIPER) que incluye las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés) (artículos 22, 24 y 25) y con la oferta vinculante que incluye las mismas condiciones financieras (artículo 23), más el posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento (artículo 30.2) y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir, entre otras, sobre las circunstancias del interés variable, de las limitaciones del tipo de interés y, especialmente, si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja (artículo 30.3). El cumplimiento de este proceso de contratación es considerado por el Alto Tribunal como suficiente para entender cumplido el control de incorporación, sin embargo, no considera el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 que la información que se facilita en los términos del proceso de negociación indicados cubra las exigencias del control de transparencia, ni las positivas de conocimiento real, completo y efectivo por el adherente, al tiempo de la celebración del contrato, de las consecuencias económicas y jurídicas de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, ni las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (artículo 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación). En definitiva, las conclusiones que se extraen de estas Sentencias del Tribunal Supremo, en cuanto a lo que ahora nos interesa, se pueden sintetizar señalando que: a) los intereses del préstamo oneroso constituyen el precio que debe pagar el prestatario y, por tanto, si se pactan, son un elemento esencial del contrato, y el mismo carácter tendrán las cláusulas limitativas de los intereses en cuanto que son elementos configuradores de dicho precio e inescindibles del mismo; b) las cláusulas limitativas de la variabilidad de los intereses, aunque tengan el carácter de condición general de la contratación, al ser definitorias del objeto principal del contrato -el precio-, no admiten un control de abusividad, basado en el posible desequilibrio de las prestaciones, pero sí quedan sometidas al doble control de incorporación y transparencia; c) el cumplimiento de la regulación legal del proceso de concesión de los préstamos hipotecarios (entonces la Orden de 5 de mayo de 1994) satisface los requisitos exigidos por la Ley

sobre condiciones generales de la contratación para la incorporación de las condiciones generales de la contratación a los contratos suscritos con consumidores; pero no supera el necesario control de transparencia que implica la existencia de una comprensibilidad real del prestatario acerca de la importancia de la cláusula suelo, y limitativas en general de la variabilidad del interés, en el desarrollo razonable del contrato, ya que no se resalta adecuadamente -en los modelos analizados- su trascendencia y efectos, y se insertan de forma conjunta con otras estipulaciones que las enmascaran, y d) las cláusulas limitativas de la variabilidad de los intereses son lícitas y, por tanto, no abusivas por sí mismas ya que corresponde al profesional fijar al interés al que presta el dinero, pero sí se considerarán abusivas y, por tanto, nulas, si falta el requisito de la transparencia. Por ello, para asegurar la existencia de dicha transparencia, el referido artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha regulado, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, un requisito especial: «la expresión manuscrita» del prestatario acerca de su real comprensión del riesgo que asume, para que se pueda entender cumplida la necesaria transparencia respecto de las cláusulas de mayor trascendencia y dificultad cognoscitiva contenidas en este tipo de contratos, como son las que limitan la variabilidad del tipo de interés, las que lo sujetan a un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o las denominadas cláusulas multidivisa. Y este requisito, como ponen de manifiesto las Resoluciones de 12 de marzo, 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 y 15 de julio de 2016, es de carácter imperativo dada la literalidad del citado artículo 6 que utiliza la expresión «se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita...», por lo que la alegación de que al no fijar dicha norma de manera expresa los efectos de su incumplimiento, la falta de la expresión manuscrita no debe impedir la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, no puede admitirse. Respecto de la no inscripción de la propia cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés porque su nulidad derivaría de la declaración general que en tal sentido realiza el artículo 8.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación en relación con las cláusulas predisuestas que contradigan una norma imperativa y el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con las cláusulas abusivas, dado que la falta de la expresión manuscrita provoca la ausencia de transparencia de la estipulación y, en consecuencia, su abusividad en los términos señalados por el Tribunal Supremo. Y respecto de la escritura de préstamo hipotecario porque estas cláusulas de tipo suelo y similares configuran un objeto principal de los préstamos onerosos, como es el interés o precio, y, en consecuencia, la obligación de pago de intereses remuneratorios garantizada por la hipoteca, por lo que para la inscripción parcial de la escritura sin tales cláusulas, se precisa la solicitud expresa de los interesados (vid. artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 18 de febrero de 2014, entre otras). 6. Así planteados los términos del debate, la alegación por el notario recurrente de que la cláusula discutida que señala que «Debido a la naturaleza del contrato, en ningún caso se podrán generar intereses a favor del prestatario», no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de una condición esencial del contrato de préstamo que se firma (derivada del pacto de sistema francés de amortización), ya que aunque no existiera, éste no podría generar intereses negativos porque en tal caso la fórmula matemática del indicado sistemas de amortización lo impediría y se vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse. Ello es así porque a los efectos de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 es irrelevante que la concurrencia de intereses negativos durante un determinado período del contrato, altere la naturaleza jurídica de éste convirtiéndole, por ejemplo, en un contrato de depósito retribuido; o que, por el contrario, al tratarse de un contrato de larga duración y constituir el interés, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, el precio de préstamo, tal posibilidad sea únicamente una forma acordada por las partes de fijar el precio final, el cual gozará de cierta aleatoriedad (la fluctuación del interés) y vendrá constituido por el montante neto de los intereses devengados al término del contrato, montante que sí deberá ser siempre positivo. Es decir, el citado artículo 6 deberá aplicarse, tanto si se considera que la cláusula de variabilidad del interés no es suficiente para generar una obligación de pago por parte del prestamista (los intereses negativos), como si se entiende, en el segundo caso, que los intereses que finalmente pague el prestatario serán una consecuencia de la propia operatividad de la variabilidad de los mismos, la cual se asemeja, en cierta medida, a la de los instrumentos estructurados, cuya contratación asociada a un préstamo hipotecario, por otra parte y como se infiere del propio artículo 6, no altera la naturaleza jurídica del préstamo ni excluye la necesidad de la expresión manuscrita sino que la impone especialmente. El pago de intereses -los negativos- por parte del acreedor en favor del prestatario no transforma el préstamo convirtiéndolo en un depósito retribuido, como se alega por algún sector doctrinal, porque la causa jurídica de ambos contratos es distinta y tal pago carece de virtualidad para alterar la obligación del deudor de devolución del dinero recibido por cuotas en los plazos pactados, en una obligación de devolución íntegra a solicitud del depositante o prestamista (artículos 1766 y 1775 del Código Civil), y porque cuando el depositario tiene permiso para servirse del dinero depositado, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en un préstamo (artículo 1768 del Código Civil). Igualmente irrelevante para la aplicación del citado artículo 6 de la Ley 1/2013 resulta la afirmación del notario recurrente de que la cláusula citada es la aclaración de una condición esencial del contrato derivada del sistema de amortización francés pactado, porque, en tal caso, igual que si se hubiere convenido el sistema alemán, americano o cualquier otro de amortización, el control del cumplimiento de los requisitos legales de transparencia respecto de las cláusulas del préstamo hipotecario derivadas de un acuerdo contractual, es decir, que no sean reproducción de disposiciones legales imperativas (artículo 1 de la Directiva 93/13), se hace más necesario. Lo que sí es posible interpretar es que con esta cláusula se quiere significar que existirán unos períodos del préstamo en los que el contrato devengará intereses y otros en los cuales no concurrirá tal devengo, posibilidad que se infiere del artículo 1740 del Código Civil, determinándose por dicha cláusula o por el conjunto con otras cuándo tiene lugar esta circunstancia. Pero, aunque este fuere el caso, y reconociendo que en dicha situación no nos encontraríamos propiamente ante una cláusula suelo, la propia complejidad de la situación que se genera (o del entendimiento del sistema de amortización francés), como ponen de manifiesto las distintas tesis explicativas acerca de su naturaleza y efectos, reconducen el tema al marco del control de transparencia o comprensibilidad por parte del deudor. Por tanto, si el prestamista, en ejercicio de su legítimo derecho, predispone una cláusula que limite o excluya la posibilidad de que devenguen intereses a favor del prestatario, aunque sea a efectos aclaratorios de

Al admitir esta posibilidad, las entidades financieras están insertando cláusulas limitativas de intereses por debajo de cero, que el Centro Directivo entiende que deben ser tratadas con los mismos requisitos que las cláusulas suelo.

#### IV. Efectos ex tunc de la nulidad

8. Admitido por tanto que las cláusulas suelo pueden ser nulas por abusivas si no han sido suficientemente explicadas al consumidor, tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013, el problema que se plantea es el de los efectos de la declaración de nulidad.

Es evidente que el primer efecto que se produce como consecuencia de la nulidad de la cláusula suelo es el de la necesidad de restitución de los intereses indebidamente devengados (*ex*. Artículo 1303 Código Civil) como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, pero no determina la nulidad del préstamo en su conjunto. Dicho de otra forma, no es que deban restituirse todos los intereses devengados por el mero hecho de que se haya insertado una cláusula devenida abusiva por falta de transparencia, sino tan sólo los que se hayan pagado por exceso con relación a los tipos efectivos de interés que sin la cláusulas hubieran sido aplicados indebidamente desde que la bajada de los tipos de interés haya alcanzado el mínimo fijado en las condiciones generales del contrato.

9. En efecto el Tribunal Supremo en su Sentencia n.º 139/2015, de 25 de marzo de 2015 declaró que los contratos de préstamo hipotecario afectados por la cláusula suelo afectada por nulidad, podían

---

los efectos típicos del contrato o del significado de una de las cláusulas pactadas, su incorporación al contrato de préstamo hipotecario exigirá, por disposición imperativa y como canon de transparencia, la aportación de la repetida expresión manuscrita. Además, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 señala, como ya se ha indicado anteriormente, que el control de transparencia tiene por objeto «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica “tanto en los presupuestos o elementos típicos” que configuran el contrato celebrado, “como en la asignación o distribución de los riesgos” de la ejecución o desarrollo del mismo», es decir, que tal control de transparencia y el cumplimiento de sus requisitos legales, cuya finalidad es lograr la certeza de que el prestatario ha comprendido las consecuencia económicas y jurídicas del contrato que firma y de sus cláusulas asociadas, operan tanto si la limitación a la variabilidad de los intereses a la baja resulta de un pacto expreso del tipo cláusula suelo, como si la misma deriva, en determinados supuestos, de la propia naturaleza o tipicidad del contrato de préstamo o de un pacto de exclusión de devengo de intereses (directa o como consecuencia del sistema de amortización elegido), sin perjuicio de que, en tales casos, la denominada expresión manuscrita pueda ser objeto de la correspondiente adaptación. La afirmación acerca de que la cláusula debatida no constituye una auténtica cláusula suelo y que, por tanto, la literalidad del artículo 6 excluirá el requisito a que se viene haciendo referencia, tampoco merece una consideración favorable porque, aun siendo correcto que tal estipulación no constituye propiamente una cláusula suelo, independientemente que la aplicación del principio general antes enunciado de la interpretación pro consumidor de las normas que regulan las condiciones generales de la contratación y la protección de los consumidores conduciría a su asimilación; lo cierto es que dicho artículo y sus concordantes no tienen como ámbito de aplicación las cláusulas suelo estrictamente consideradas sino todas aquellas, del tipo que sean, que limiten de alguna forma la variabilidad de los intereses, entre las cuales se encuadra la que es objeto de este expediente que excluye el devengo de intereses cuando los mismos puedan ser negativos. Así, el repetido artículo 6 de la Ley 1/2013 dispone como ámbito de su aplicación las escrituras públicas en que se estipulen «limitaciones a la variabilidad del tipo de interés», es decir, todas ellas, añadiendo a título de ejemplo «del tipo de las cláusulas suelo y techo»; y el artículo 25 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, en los mismos términos, impone la exigencia de una información adicional por parte del prestamista en el caso de préstamos en que se hubieran establecido «límites a la variación del tipo de interés», añadiendo «como cláusulas suelo o techo», pero no sólo en estos casos estrictamente considerados. Por último, en el mismo sentido, el artículo 30, número 3, letra b), circunstancia 3ª, de la Orden EHA 2899/2011 regula la información expresa y especial que debe dar el notario autorizante en las escrituras de préstamo hipotecario en que «se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo». Es cierto, como ya señalaron las Resoluciones de 12 de marzo, 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 y 15 de julio de 2016, que de «lege ferenda» el control de transparencia debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias informativas y clarificadoras impuestas por la regulación sectorial, de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor ha podido evaluar directamente, basándose en criterios y explicaciones comprensibles, las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predispuestas; añadiendo, si se estima conveniente, que expresamente éste ha manifestado al notario la comprensión de las mismas en los supuestos especiales respecto a los que ahora se exige la expresión manuscrita. Pero como se ha expuesto anteriormente ésta no es la situación legislativa y jurisprudencial vigente en el momento actual.

subsistir, si bien limitó la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo a aquéllas cláusulas suelo que se hubieran aplicado con posterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013.

A este respecto, tras recordar que, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, debía considerarse que las cláusulas en cuestión no habían surtido efecto alguno, el Tribunal Supremo declaró que, no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, esta eficacia no podía ser impermeable a los principios generales del Derecho y, entre ellos, de forma destacada, al principio de seguridad jurídica. Para ello el Tribunal Supremo se basó en que las cláusulas suelo eran lícitas en cuanto tales; que respondían a razones objetivas; que no se trataba de cláusulas inusuales o extravagantes; que su utilización había sido tolerada largo tiempo por el mercado de préstamos inmobiliarios; que la nulidad de las mismas derivaba de una falta de transparencia debido a la insuficiencia de la información a los prestatarios; que las entidades crediticias habían observado las exigencias reglamentarias de información; que la finalidad de la fijación del tope mínimo respondía a la necesidad de mantener un rendimiento mínimo de los referidos préstamos hipotecarios que permitiera a las entidades bancarias resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; que las cláusulas suelo se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; que la legislación española permitía la sustitución del acreedor, y que la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión generaría el riesgo de trastornos económicos graves.

En este extremo —el de la irretroactividad— el que el TJUE casa el criterio del TS español. El Tribunal Supremo, con fundamento en el principio de seguridad jurídica, limitó la eficacia temporal de su sentencia y dispuso que ésta sólo surtiría efectos a partir de la fecha de su publicación, declarando que la nulidad de las cláusulas suelo controvertidas no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes del 9 de mayo de 2013, de manera que tan sólo deberían restituirse las cantidades indebidamente pagadas, sobre la base de tales cláusulas, con posterioridad a aquella fecha (eficacia *ex nunc*).

Frente a ello la sentencia del TJUE ahora comentada, de fecha 21 de diciembre de 2016 sostiene la eficacia *ex tunc* o retroactiva de la nulidad. Y considera que no debió aplicarse el mismo criterio de limitación de los efectos por razón de seguridad jurídica que el propio TJUE había sostenido para las acciones colectivas, pues se trataba de una acción de nulidad individual. Y aunque admite que el tema de la prescripción es un tema de Derecho procesal interno, considera que no puede interpretarse contraviniendo el principio de equivalencia de la Unión Europea<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Si bien es verdad —dice la sentencia— que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva. En el caso de autos, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, a la que hacen referencia los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal Supremo determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia y que, por consiguiente, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración —especialmente el derecho del consumidor a la restitución— quedaban limitados a las cantidades indebidamente pagadas a partir de aquella fecha. A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41). No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal —como es un plazo razonable de prescripción— de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma

En efecto, en la sentencia n.º 139/2015, de 25 de marzo de 2015 el Tribunal Supremo confirmó la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo en el marco de la demanda individual de un consumidor que reclamaba la restitución de las cantidades indebidamente pagadas sobre la base de una cláusula de este tipo. Al proceder de esta manera, el Tribunal Supremo hizo extensiva a las acciones individuales de cesación y de reparación la solución adoptada anteriormente por la sentencia de 9 de mayo de 2013 en lo relativo a las acciones colectivas de cesación. Así pues, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 25 de marzo de 2015, la obligación de restitución se limitó exclusivamente a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

**10.** Y esto es lo que la Sentencia del TJUE de 21 de Diciembre de 2016 no acepta, pese a que en principio era la posición sostenida por el Abogado General ante el TJUE<sup>11</sup>. Y da la razón al voto particular del Magistrado Javier Orduña que en la sentencia de 25 de Marzo de 2015 había sostenido que en el caso de ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinada del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter “extinctio”, esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto.

## V. Prescripción de la acción

**11.** Ahora bien, queda por determinar cuándo prescribe la acción de nulidad. Si entendemos que la cláusula suelo es nula cuando ha sido incluida en condiciones generales de la contratación y se

---

del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la STJUE de 15 de abril de 2010, *Barth*, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la STJUE 2 de febrero de 1988, *Barra y otros*, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13). Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores. Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

<sup>11</sup> Según las conclusiones elevadas el 13 de julio de 2016 ante el TJUE por el abogado general Paolo Mengozzi en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 la retroacción de los efectos de la nulidad de tales cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario en España habría de haberse limitado a la fecha de publicación de la primera sentencia del Tribunal Supremo, el 9 de mayo de 2013, pues a su entender la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 no tiene por objeto la armonización de las sanciones aplicables en caso de que se aprecie el carácter abusivo de una cláusula contractual, y por lo tanto, no exige a los Estados miembros que establezcan la nulidad retroactiva de tal cláusula. Asimismo, continua en su informe, la Directiva no determina las condiciones en las que un órgano jurisdiccional nacional puede limitar los efectos de las resoluciones por las que se califica como abusiva una cláusula contractual. Entiende que corresponde al ordenamiento jurídico interno precisar esas condiciones, siempre desde el respeto de los principios de equivalencia y de efectividad del derecho de la Unión. Respecto al principio de equivalencia (que exige que una norma nacional se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes) el Abogado General subraya que el Tribunal Supremo no limita los efectos en el tiempo de sus resoluciones únicamente a los litigios relativos al Derecho de la Unión. Al contrario, consta que este órgano jurisdiccional ya ha recurrido a tal posibilidad en controversias puramente internas. En cuanto al principio de efectividad (que exige que una norma procesal nacional no haga imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión), entendía que, dado que constituyen una sanción con efecto disuasorio para los profesionales, la prohibición de utilizar las cláusulas «suelo» a partir del 9 de mayo de 2013 y la obligación de devolver las cantidades indebidamente percibidas a partir de esa fecha contribuyen a la realización de los objetivos perseguidos por la Directiva. Según el Abogado General, en el momento en que se pronuncia acerca de los efectos en el tiempo de su resolución, un órgano jurisdiccional supremo puede ponderar la protección de los consumidores con las repercusiones macroeconómicas asociadas a la amplitud con que se utilizaron las cláusulas «suelo». En este contexto, considera que, a título de excepción, las mencionadas repercusiones pueden justificar la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva, sin que se rompa el equilibrio en la relación existente entre el consumidor y el profesional. Según el informe del Abogado General el Tribunal de Justicia debía haber declarado que la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas «suelo», incluidas en los contratos de préstamo hipotecario en España, es compatible con la Directiva.

ha incumplido el doble control de incorporación y transparencia, y que es retroactiva, las entidades financieras deberán devolver todo lo que hubieran cobrado indebidamente aplicando la cláusula, por tanto desde que la evolución a la baja de los tipos de interés variable pactados hubiera provocado la aplicación de aquélla.

El Código Civil determina que el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad en caso de error es de cuatro años, computados desde la consumación del contrato (cfr. Artículo 1301 C.C.). Pudiera pensarse que el contrato se ha consumado desde la formalización del contrato y la entrega del dinero prestado (el contrato de préstamo es un contrato real que se perfecciona por la entrega), por lo que muchos consumidores habrían perdido la posibilidad de ejercitar la acción individual de nulidad contractual. Sin embargo el Tribunal Supremo sostiene que cuando se trata de la comercialización de productos financieros complejos, el cómputo a efectos de caducidad de la acción de nulidad no comienza el día en que se perfeccionó el contrato de aportaciones financieras subordinadas, sino cuando el cliente tuvo conocimiento de la existencia de la circunstancia que provocó el error vicio, dado que la entidad bancaria está obligada a suministrar una información clara y comprensible al cliente que le permitiera conocer las características del producto y sus riesgos.

Así la Sentencia nº 718/2016 de TS, Sala 1ª, tras referirse a la existencia de diferencias en la interpretación del art. 1301 CC, en relación con el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad basada en el error vicio del consentimiento, establece que esta cuestión, ciertamente controvertida, ha sido resuelta en el sentido de que en las relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo<sup>12</sup>.

**12.** Desde otra perspectiva hay que destacar como la jurisprudencia del TJUE ha significado un claro respaldo a la posibilidad de rechazo de la autorización por los notarios y a la posibilidad de calificación por parte de los registradores de la propiedad –como autoridad pública que son, incluidos por tanto en el concepto a que se refiere el artículo 3 de la Directiva 93/13/CE sobre nulidad de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores- de las cláusulas de los préstamos hipotecarios que puedan ser nulas por abusivas. No sólo son los jueces los que pueden apreciar cláusulas abusivas, sino cualquier autoridad pública, sin necesidad de pronunciamiento judicial previo, pueden rechazar cláusulas abusivas

---

<sup>12</sup> Fue en la sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que ya el TS se pronunció sobre el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error vicio, previsto en el art. 1301 CC. Y este criterio ha sido reiterado por resoluciones posteriores, a partir de la sentencia 376/2015, de 7 de julio, por lo que puede hablarse de jurisprudencia en el sentido del art. 1.6 CC. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, «[l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...]». En aquella sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, hacíamos una interpretación del 1301 CC de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido: al interpretar hoy el art. 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a “la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, tal como establece el art. 3 CC (...). En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). »En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. »Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.



en los contratos con consumidores. Incluso en un monitorio, el juez puede rechazar “*ad limine litis*”, esto es, aunque todavía no haya oposición por parte del deudor, las cláusulas nulas por abusivas.

El artículo 12 de la Ley Hipotecaria ya autorizaba a los registradores de la propiedad para rechazar las cláusulas financieras contrarias a norma imperativa o prohibitiva. Y el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación<sup>13</sup>.

Según esta posición -jurisprudencial y del Centro Directivo de notarios y registradores- más reciente y acertada podemos afirmar que los notarios y registradores deben rechazar aquellas cláusulas financieras –incluidas las de vencimiento anticipado– siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dicho de otro modo, el control sobre cláusulas abusivas debe extenderse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente porque así resulte claramente de una norma que lo exprese sin poder entrar en conceptos jurídicos indeterminados o cuando así resulte de una sentencia judicial firme. Las citadas resoluciones, basándose en el Derecho comunitario, interpretan por tanto que no es necesario que la sentencia esté inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, basta con que exista un pronunciamiento judicial firme (como así ha ocurrido por ejemplo, en las cláusulas suelo)<sup>14</sup>. La posición de la DGRN ha obtenido un claro respaldo por la sentencia del Tribunal

<sup>13</sup> Sobre la imposibilidad de que la calificación registral se extendiera a todo tipo de condiciones generales abusivas, se había pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 19 de Abril de 2006 y otras posteriores entre las que podemos destacar la Resolución de 24 de Julio de 2008. Esta última limitó exageradamente el papel de notarios y registradores en el control preventivo de las cláusulas abusivas y entendió que tras la Ley 41/2007 que reformó el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, la inscripción en el Registro debería ser una transcripción de las cláusulas financieras en los mismos términos que resultaran del título, sin poder rechazar ninguna cláusula por abusiva. En contra de este criterio, la Sentencia de 1 de Abril de 2011 dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona -en juicio verbal interpuesto contra la citada resolución-, procede a su anulación. Esta sentencia se basa en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (en su Sentencia de 16 de Diciembre de 2009) y en la posición más reciente y adecuada de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (entre ellas resoluciones de 1 de Octubre de 2010, 4 de Noviembre de 2010, 21 de Diciembre de 2010 y 11 de Enero de 2011).

<sup>14</sup> La propia Ley ya nos da algunos ejemplos de cláusulas abusivas, como las contenidas en el artículo 89 del TRLDCU aprobado por RDL 1/2007, de 16 de Noviembre. Interesa destacar en el ámbito registral o inmobiliario, como en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario –como es el caso del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía)– que corresponde al vendedor.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

Pero además de las señaladas expresamente por la ley, en base a pronunciamientos judiciales y a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, podemos señalar como ejemplos de cláusulas que no deben incorporarse al título ni inscribirse en el Registro las siguientes:

a) vencimientos anticipados por cualquier embargo o disminución de solvencia del deudor en las que no se prevea la posibilidad de que el deudor preste nuevas garantías;

b) vencimiento anticipado por arrendamientos posteriores sujetos a purga, pues no perjudican a la hipoteca;

c) prohibición o limitación de la facultad de enajenar la finca, salvo que se tratara de hipoteca inversa en que dicho pacto es admisible según ley 41/2007;

d) renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito, considerándose derogado el artículo 242 del Reglamento Hipotecario que lo permitía;

e) vencimientos anticipados del préstamo hipotecario por incumplimiento de obligaciones accesorias del mismo;

f) cláusulas de comisión de cancelación o subrogatorias contrarias a los máximos legales;

g) cláusulas denominadas “suelo” donde se fija un tipo de interés mínimo pero no un tope máximo de evolución –cláusula “techo”–. La STS. de 9 de mayo de 2013 declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales

Supremo (Sala de lo Civil), de 13 de septiembre de 2013, que señala que los registradores denegarán la inscripción de las escrituras de préstamos o crédito hipotecario cuando no cumplan la legalidad vigente. Se apoya en la legislación de la UE, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y en los artículos 552 y 695 de la LEC, en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución, debiendo negar su colaboración con títulos jurídicos que sean evidentemente nulos<sup>15</sup>.

13. No obstante, debería avanzarse mucho más en el control de transparencia notarial y en la calificación registral de cláusulas abusivas. En particular debería hacerse obligatoria la puesta a disposición de los clientes, con varios días de anterioridad, la oferta precontractual, configurando como un derecho indisponible e irrenunciable del deudor de la posibilidad de conocer ésta. Asimismo, debería aprovecharse la transposición de la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, para incrementar la obligación de transparencia de las cláusulas financieras en los préstamos y créditos hipotecario recogida hasta ahora en la Orden ministerial EHA 2899/2011 de 28 de octubre de “transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

## VI. El mecanismo especial de arreglo de diferencias

14. Finalmente terminaremos señalando como en el momento de redactarse estas líneas se ha aprobado el Real Decreto Ley 1/2017 de 20 de enero con la idea de facilitar la devolución por parte de las entidades financieras a los consumidores de las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de cláusulas suelo no transparentes. Se establece un procedimiento voluntario previo a la interposición de la demanda de nulidad que evite la sobrecarga de trabajo por los tribunales y facilite la devolución o en su caso novación del contrato de préstamo, fomentando medidas alternativas como es la devolución por la entidad financiera de los intereses excedidos, si es que se acepta por la entidad financiera la falta de transparencia de la cláusula, o bien la reducción de la carga financiera en los vencimientos posteriores del préstamo.

Las entidades de crédito deberán implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, que tendrá carácter voluntario para el consumidor y cuyo objeto será atender a las peticiones que éstos formulen en el ámbito de este real decreto-ley. Las entidades de crédito deberán garantizar que ese sistema de reclamación es conocido por todos los consumidores que tuvieran incluidas cláusula suelo en su préstamo hipotecario.

Recibida la reclamación, la entidad de crédito deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo; en ese desglose la entidad de crédito deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses. En el caso en que la entidad considere que la devolución no es procedente, comunicará las razones en que se motiva su decisión, en cuyo caso se dará por concluido el procedimiento extrajudicial. El consumidor deberá manifestar si está de acuerdo con el cálculo. Si lo estuviera, la entidad de crédito acordará con el consumidor la devolución del efectivo.

---

de los contratos suscritos con consumidores que no lleven aparejada una proporcional cláusula techo y en las que no se haya informado suficientemente de sus riesgos, aunque declara la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor, sin que haya lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de dicha sentencia.

Por el contrario, sí que serían admisibles las siguientes:

- a) el pacto de extensión de la hipoteca a las costas de la ejecución;
- b) el pacto de liquidación unilateral por la entidad financiera (que no ha sido rechazado por la STJUE de 14 de Marzo de 2013;
- c) pacto de compensación de la deuda con otros créditos vencidos del mismo deudor con la misma entidad salvo que deriven de créditos indistintos con varios titulares;
- d) vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de tres cuotas de principal o intereses, tal como ha clarificado la Ley 1/2013 (por lo tanto no serían válidos los pactos de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota).
- e) vencimiento anticipado por arrendamiento de la vivienda hipotecada que no esté sujeto a purga conforme al artículo 13 de la LAU, puesto que tales arrendamientos sí perjudican al acreedor hipotecario, pues tendrá que subrogarse en ellos.

<sup>15</sup> En el mismo sentido R 24 de octubre 2014.

El plazo máximo para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo y se ponga a disposición del primero la cantidad a devolver será de tres meses a contar desde la presentación de la reclamación. A efectos de que el consumidor pueda adoptar las medidas que estime oportunas, se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo:

- a) Si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor.
- b) Si finaliza el plazo de tres meses sin comunicación alguna por parte de la entidad de crédito al consumidor reclamante.
- c) Si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo de la cantidad a devolver efectuado por la entidad de crédito o rechaza la cantidad ofrecida.
- d) Si transcurrido el plazo de tres meses no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida.

Si se interpusiera demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto que la reclamación de este artículo, cuando se tenga constancia, se producirá la suspensión del proceso hasta que se resuelva la reclamación previa.

Para fomentar el procedimiento se establece un régimen específico de pago de costas, de manera que solamente si el consumidor rechazase el cálculo de la cantidad a devolver o declinase, por cualquier motivo, la devolución del efectivo e interpusiera posteriormente demanda judicial en la que obtuviese una sentencia más favorable que la oferta recibida de dicha entidad, se impondrá la condena en costas a esta.

Si el consumidor interpusiere una demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido al procedimiento extrajudicial del artículo 3, regirán las siguientes reglas:

- a) En caso de allanamiento de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, se considerará que no concurre mala fe procesal, a efectos de lo previsto en el artículo 395.1 segundo párrafo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- b) En el caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada.

CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA EN FAVOR  
DE TRIBUNALES DE TERCEROS ESTADOS Y SUMISIÓN  
TÁCITA A FAVOR DE TRIBUNALES DE UN ESTADO  
MIEMBRO: EL DILEMA

CHOICE OF COURT CLAUSE IN FAVOR OF THE COURTS  
OF A THIRD STATE AND TACIT SUBMISSION IN FAVOR  
OF THE COURTS OF A MEMBER STATE: THE DILEMMA

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

*Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia  
Doctora en Derecho*

Recibido: 14.01.2017 / Aceptado: 24.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3632>

**Resumen:** En esta interesante y fundamental sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se da respuesta a una eterna duda. Esta duda está relacionada con la competencia judicial internacional de los tribunales en los supuestos donde existe en el contrato una cláusula atributiva de competencia a un tercer Estado, es decir, un Estado no miembro de la Unión Europea. Y se da respuesta a la posibilidad de no hacer valer esa sumisión expresa y sin embargo optar por una sumisión tácita a los tribunales del domicilio del demandado, y no demandar fundando la competencia en el foro general del domicilio del demandado contenido en el art. 2 del Reglamento Bruselas I (= ahora art. 4 del Reglamento Bruselas I-bis).

**Palabras clave:** sumisión tácita, competencia judicial internacional, materia contractual, tribunales de terceros Estados, competencias exclusivas, marcas.

**Abstract:** In this interesting and fundamental sentence of the Court of Justice of the European Union exists an answer to an eternal doubt. This doubt is related to the international jurisdiction in cases where its found a clause conferring jurisdiction on a third country, ie: a non-member State of the European Union. And it responds to the possibility of not enforcing that express submission and nonetheless opt for a tacit submission to the courts of the defendant's domicile, and not to sue by founding the jurisdiction in the general forum of the defendant's domicile contained in art. 2 of the Brussels I Regulation (= now Article 4 of the Brussels I-bis Regulation).

**Keywords:** tacit submission, international jurisdiction, contractual matters, jurisdiction on a third country, exclusive matters, trademarks.

**Sumario:** I. Los hechos y los problemas suscitados en la sentencia TJUE de 17 de marzo de 2016. II. Existencia y validez de una cláusula contractual atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros Estados. III. Existencia y validez de la sumisión tácita en favor de tribunales de un Estado miembro. IV. La sumisión prevalente: victoria de la sumisión tácita. V. Intereses de las partes y elección de tribunal competente. VI. El fantasma de las competencias exclusivas. VII. Conclusiones.

## I. Los hechos y los problemas suscitados en la sentencia TJUE 17 marzo 2016

1. La STJUE de 17 de marzo de 2016, *Taser International Inc. contra SC Gate 4 Business SRL y Cristian Mircea Anastasiu*, as. C-175/15<sup>1</sup>, constituye una creativa e interesante resolución que invita a reflexionar sobre el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes en el momento de determinar qué concreto tribunal es el competente para conocer de las controversias jurídicas suscitadas por un litigio internacional.

2. Es conveniente comenzar por una breve exposición de los hechos del caso. *Taser International* es una empresa con domicilio social en los Estados Unidos de América en el año 2008 celebra con la empresa *Gate 4* y su administrador el Sr. *Anastasiu* dos contratos de distribución, sin exclusividad. En esos contratos se pactaron cláusulas atributivas de competencia en favor de un tribunal situado en los Estados Unidos de América. En virtud de esos contratos, *Gate 4* y su administrador, el Sr. *Anastasiu*, se comprometieron a ceder a su contraparte las marcas *Taser International* que habían registrado o cuyo registro habían solicitado en Rumanía.

3. Posteriormente, la empresa *Gate 4* y el Sr. *Anastasiu* se negaron a cumplir esa obligación contractual que contrajeron con la empresa *Taser International*. Esta última, sometió el litigio al *Tribunalul București* (= Tribunal de Distrito de Bucarest). A pesar de la existencia en tales contratos de cláusulas atributivas de competencia en favor de un tribunal situado en Estados Unidos, *Gate 4* y el Sr. *Anastasiu* comparecieron ante dicho tribunal rumano sin impugnar la competencia de éste. Mediante sentencia de 31 de mayo de 2011, el *Tribunalul București* (= Tribunal de Distrito de Bucarest) dispuso que se efectuaran todas las formalidades necesarias para el registro de la cesión.

4. La *Curtea de Apel București* (= Tribunal Superior de Bucarest) confirmó la apreciación en primera instancia. Pero, *Gate 4* y el Sr. *Anastasiu* recurrieron en casación ante el *Înalta Curte de Casație și Justiție* (= Tribunal Supremo). A pesar de que la competencia de los tribunales rumanos para resolver ese litigio nunca ha sido discutida por las partes, el órgano jurisdiccional remitente consideró que le corresponde pronunciarse de oficio sobre esa cuestión de competencia.

5. El *Înalta Curte de Casație și Justiție* (= Tribunal Supremo de Rumanía) se plantea si el Reglamento es aplicable al litigio de que conoce, toda vez que las partes han elegido, para la solución de sus litigios, una jurisdicción de un Estado tercero que no es miembro de la Unión Europea y no una jurisdicción de un Estado miembro, como prevé el artículo 23, apartado 1, del Reglamento Bruselas I (= Reglamento 44/2001, en la actualidad derogado por el Reglamento Bruselas I-bis, Reglamento 1215/2012). Considera que esa cláusula atributiva de competencia en favor de un Estado tercero podría, por esa mera razón, constituir un obstáculo a la prórroga tácita de competencia prevista en el artículo 24 del precitado Reglamento. Aunque la incertidumbre le surge a pesar de que esta norma sea aplicable, por si ha de declinar su competencia por otro motivo.

6. Además, a este Tribunal le surge la duda de si es preciso comprobar la aplicabilidad del artículo 22 del Reglamento Bruselas I, para saber si un litigio relativo a una obligación de cesión de los derechos sobre una marca, que puede dar lugar a un registro conforme a la legislación nacional, está comprendido en el ámbito de aplicación del punto 4 de dicho artículo.

7. Con estos hechos planteados, la *Înalta Curte de Casație și Justiție* (= Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales cuyo contenido estaba relacionado con la prórroga de la competencia del Tribunal rumano, en virtud de una

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de marzo de 2016, *Taser International Inc. contra SC Gate 4 Business SRL y Cristian Mircea Anastasiu*, as. C-175/15. ECLI: EU:C:2016:176. Link: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175164&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=943496>

sumisión tácita, y que se pronunciase sobre la cuestión de la validez de la sumisión expresa a tribunales de terceros Estados, en este caso, a un tribunal de los Estados Unidos de América.

## II. Existencia y validez de una cláusula contractual atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros Estados.

8. Tal como señala el TJUE<sup>2</sup>, el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable a un litigio entre un demandado domiciliado en un Estado miembro y un demandante de un Estado tercero. Ya que, el criterio de aplicación personal que adopta el Reglamento Bruselas I-bis es el domicilio del demandado. El acuerdo de sumisión en favor de un tribunal de un Estado no miembro en el Reglamento Bruselas I es una cuestión que no queda regulada en dicho Reglamento. Éste solo atribuye o no atribuye competencia a los tribunales de un Estado miembro en los supuestos regulados por el mismo.

9. Pues bien, resulta que la sumisión realizada a favor de tribunales de terceros Estados no es una cuestión regulada por el Reglamento Bruselas I-bis. El Reglamento Bruselas I-bis con sus normas de competencia judicial internacional distribuye esa competencia entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE.

10. Esta cuestión de la sumisión realizada a favor de tribunales de terceros Estados se rige por las normas legales del Estado miembro donde surge la cuestión de la sumisión. Esta es la “tesis de la remisión al Derecho nacional”, sostenida por la mejor doctrina.<sup>3</sup> En este sentido se ha de apuntar que, la sumisión a tribunales de terceros Estados surte sus efectos jurídicos propios y por tanto, debe respetarse siempre que se ajuste a las normas nacionales de competencia judicial internacional del Estado miembro en cuestión. Esta tesis comporta consecuencias positivas, desde el punto de vista de la solución de controversias entre los particulares en un escenario internacional: respeta las expectativas de las partes, potencia la seguridad jurídica y la confianza en las relaciones económicas internacionales, todos ellos objetivos del Reglamento Bruselas I. Y con ello, se favorece asimismo la circulación de la riqueza en el mercado único europeo, auténtico *leitmotiv* del Reglamento Bruselas I.

11. Es más, el leitmotiv del DIPr. es la libre circulación, el verdadero corazón del DIPr. es la libre circulación. Absolutamente de todo el DIPr. En efecto, para el DIPr. de la UE la libre circulación de factores productivos, personas, mercancías, servicios, contratos, instituciones jurídicas, sentencias, etc. no es solo un presupuesto del DIPr. sino un objetivo del DIPr., esto es, el DIPr. de la UE debe potenciar, promocionar, fomentar la libre circulación de factores productivos, personas, mercancías, servicios, contratos, instituciones jurídicas, sentencias, porque a un mayor volumen de libre circulación y a un mayor volumen de intercambio internacional, un mercado mayor y cuando mayor es el mercado mayor es el bienestar para toda la sociedad. Desde esta perspectiva, la sumisión expresa es un mecanismo que potencia la libre circulación de mercaderías e incentiva la perfección de los contratos, respeta la autonomía de la voluntad de las partes, las partes pueden elegir ante qué tribunal acudirán para resolver sus

<sup>2</sup> STJUE de 17 de marzo de 2016, Taser *International Inc. vs. SC Gate 4 Business SRL*, Cristian Mircea Anastasiu, as. C-175/15, FJ 20 “Procede recordar que el Reglamento n.º 44/2001 es aplicable a un litigio entre un demandado domiciliado en un Estado miembro y un demandante de un Estado tercero (véase, por analogía, la sentencia *Owusu*, C 281/02, EU:C:2005:120, apartado 27: “Así, el Tribunal de Justicia ha interpretado ya las reglas de competencia establecidas por el Convenio en varios casos en los que el demandante tenía su domicilio en un país tercero, mientras que el demandado estaba domiciliado en el territorio de un Estado contratante (véanse las sentencias de 25 de julio de 1991, *Rich*, C 190/89, Rec. p. I 3855; de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*, C 406/92, Rec. p. I 5439, y *Group Josi*, antes citada, apartado 60).”

<sup>3</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 277-278; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Arts. 25 y 26”, en AA.VV. (Coord. P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, F.J. MONTERO MURIEL), *Comentario al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, pp. 545-590.

futuras controversias<sup>4</sup>. Esto genera una seguridad jurídica preventiva, ahorra costes jurídicos: ya no se va a litigar sobre cuál debe ser el tribunal competente para resolver una controversia entre estas partes.

12. Este tipo de sumisión, esto es la sumisión expresa, respeta la constituye una expresión directa de la autonomía de la voluntad de las partes, y constituye una expresión directa de esa autonomía de los particulares que, en materia contractual es de vital importancia. Esto es importante porque las partes de modo previo al surgimiento de un problema jurídico que se tenga que dirimir ante un tribunal pueden pactar qué tribunal será el que conozca de esta cuestión. Pero siempre les queda la reserva de hacer valer o no esa sumisión expresa. Los pactos se realizan para cumplirse, y solo se pueden incumplir si ambas partes llegan a un nuevo pacto. En este caso que nos ocupa, las partes decidieron no invocar el acuerdo de sumisión expresa a tribunales de un tercer Estado (= tribunales de los Estados Unidos de América). Así lo apunta el TJUE.<sup>5</sup>

### III. Existencia y validez de la sumisión tácita en favor de tribunales de un Estado miembro

13. En el Derecho internacional privado europeo la sumisión tácita se produce por la presentación de la demanda por parte del demandante y la comparecencia del demandado ante el tribunal, siempre que tal comparecencia no tuviera por objeto impugnar la competencia judicial internacional. De este modo, en virtud del artículo 26 del Reglamento Bruselas I-bis, las partes pueden cualquiera que sea el Estado de su domicilio, e incluso aunque ninguna tenga su domicilio en un Estado miembro “prorrogar” la competencia judicial internacional de órganos jurisdiccionales que, inicialmente, carecían de competencia judicial internacional porque ninguno de los demás foros del Reglamento Bruselas I atribuía tal competencia a dichos tribunales.<sup>6</sup> El TJUE es muy claro en estos términos, y así lo hace constar el TJUE.<sup>7</sup>

14. Además, el propio art. 26 del Reglamento Bruselas I-bis establece taxativamente las excepciones previstas para que no se produzca la prórroga tácita de la competencia, tal como señala el TJUE.<sup>8</sup>

15. Para que se verifique una prórroga de la competencia, en forma de sumisión tácita se requiere que concurren dos elementos:

<sup>4</sup> Idea que expuso con suma claridad el profesor A. DAVÍ y que se recoge en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 41-42.

<sup>5</sup> STJUE 17 marzo 2016, *Taser International Inc. vs. SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*, as. C-175/15FD 19: “Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, letra a), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 23, apartado 5, y 24 del Reglamento n.º 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un litigio relativo al incumplimiento de una obligación contractual, en el que el demandante ha sometido dicho litigio a los tribunales del Estado miembro en el que el demandado tiene su domicilio social, la competencia de esos tribunales puede resultar del artículo 24 de dicho Reglamento siempre que el demandado no impugne su competencia, aunque el contrato entre esas dos partes contenga una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales de un Estado tercero.”

<sup>6</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 272-275; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Article 26”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 669-682.

<sup>7</sup> STJUE 17 marzo 2016, as. C-175/15, *Taser International Inc. vs. SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*, FD 21: “Además, el artículo 24, primera frase, del Reglamento n.º 44/2001 establece una regla de competencia basada en la comparecencia del demandado, aplicable a todos los litigios en los que la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto no resulte de otras disposiciones de dicho Reglamento. La referida disposición se aplica también en los casos en los que se ha sometido un litigio a un tribunal contraviniendo las disposiciones del mismo Reglamento e implica que la comparecencia del demandado pueda considerarse una aceptación tácita de la competencia del tribunal ante el que se ha planteado el litigio y, por lo tanto, una prórroga de la competencia de éste (sentencia *Cartier parfums-lunettes* y *Axa Corporate Solutions assurances*, C 1/13, EU:C:2014:109, apartado 34).”

<sup>8</sup> STJUE 17 marzo 2016, as. C-175/15, *Taser International Inc. vs. SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*, FD 22: “El artículo 24, segunda frase, del Reglamento n.º 44/2001 establece las excepciones a la mencionada regla general. Dispone así que no hay sumisión tácita al tribunal que conoce del asunto si el demandado propone una excepción de incompetencia, expresando así su voluntad de no aceptar la competencia de dicho tribunal, o si se trata de litigios para los que el artículo 22 del mismo Reglamento establece reglas de competencia exclusiva (sentencia *Cartier parfums-lunettes* y *Axa Corporate Solutions assurances*, C-1/13, EU:C:2014:109, apartado 35).”

Elemento primero: Interposición de la demanda. El demandante tiene que presentar una demanda ante un tribunal, que no tenga competencia por otro foro, donde se materialice claramente su propósito de poner en conocimiento de ese tribunal su controversia.

Elemento segundo: Contestación al fondo del demandado. El demandado ha de comparecer ante éste tribunal. El demandado también ha de hacer constar su voluntad de querer litigar ante dicho tribunal<sup>9</sup>. Este es un elemento esencial para que la existencia de la sumisión tácita sea válida. Y así lo apunta el TJUE en la Sentencia de 17 marzo 2016, as. C-175/15, *Taser International Inc. vs. SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*, FD 25<sup>10</sup>:

16. La suma de estos dos elementos ofrece un único resultado: las partes desean que sus controversias sean resueltas ante este tribunal, ante el que se someten tácitamente. Se trata por tanto de una elección deliberada de las partes del litigio relativa a dicha competencia, tal como señala el FD 24<sup>11</sup> de la sentencia que se analiza en este trabajo.

#### IV. La sumisión prevalente: victoria de la sumisión tácita

17. Por todo lo ya apuntado, el triunfo es para la sumisión tácita. La competencia judicial internacional para conocer del litigio entre *Taser International vs. Gate 4 y el Sr. Anastasiu* la ostenta el tribunal rumano.

18. Es un punto donde no existe discusión: la sumisión tácita desactiva a la sumisión expresa realizada con anterioridad por las mismas partes, y así lo apunta la jurisprudencia<sup>12</sup>. Los particulares

<sup>9</sup> Así lo apunta la jurisprudencia, SAP Barcelona 27 enero 2016, ECLI: ES:APB:2016:1112 [Derecho suizo] FD Tercero: “...Como ya hemos indicado, en el contrato de distribución que estaba vigente entre las partes cuando se produjo la extinción de la relación, el de 2004, contenía una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de la localidad suiza de Zurich en la que, además, se fijaba la aplicabilidad de la ley suiza.

Coincidimos con la juzgadora de instancia, y así se hizo patente y quedó establecido en la audiencia previa, en que la presentación por ROTRONIC de su pretensión ante los tribunales españoles, al no tratarse de un fuero imperativo, conllevaba una sumisión tácita a la jurisdicción española, sumisión que fue aceptada por PERTEGAZ al oponerse a la demanda y formular reconvencción.”

<sup>10</sup> “Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, letra a), que los artículos 23, apartado 5, y 24 del Reglamento n.º 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un litigio relativo al incumplimiento de una obligación contractual, en el que el demandante ha sometido el litigio a los tribunales del Estado miembro en que el demandado tiene su domicilio social, la competencia de esos tribunales puede resultar del artículo 24 de dicho Reglamento, siempre que el demandado no impugne su competencia, aunque el contrato entre esas dos partes contenga una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales de un Estado tercero.”

<sup>11</sup> “Este razonamiento se aplica tanto a los acuerdos atributivos de competencia a los tribunales de un Estado miembro como a los que la atribuyen a los tribunales de un Estado tercero, ya que la prórroga tácita de competencia en virtud del artículo 24, primera frase, del Reglamento n.º 44/2001 se basa en una elección deliberada de las partes del litigio relativa a dicha competencia (véase la sentencia A, C 112/13, EU:C:2014:2195, apartado 54). Por lo tanto, como se desprende del apartado precedente de la presente sentencia, la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 23 de ese Reglamento es irrelevante.”

<sup>12</sup> STJCE 24 junio 1981, *Elefanten*, FD 10 y 11: “El supuesto contemplado por el artículo 17 no figura, pues, entre las excepciones que el artículo 18 admite a la regla por él establecida. Por otra parte, no hay razón relacionada con el sistema general o con los objetivos del Convenio para considerar que a las partes en una cláusula atributiva de competencia en el sentido del artículo 17 les esté vedado someter voluntariamente su litigio a un órgano jurisdiccional distinto del previsto por dicha cláusula.

De ello se desprende que el artículo 18 del Convenio es aplicable incluso cuando las partes hayan designado por convenio un órgano jurisdiccional competente en el sentido del artículo 17.”

STJCE 7 marzo 1985, *Spitzley*: “la comparecencia del demandado en el proceso es título suficiente para que el tribunal se declare competente en virtud del art.18 CB Si el demandado no alega la existencia de una cláusula de sumisión a un tribunal de otro Estado y, por el contrario, formula alegaciones sobre el fondo, se produce sumisión en los términos del art.18 CB

SAP Madrid 30 diciembre 2015, ECLI: ES:APM:2015:18210 [contrato de distribución exclusiva] FD PREVIO: “Planteado el sometimiento del contrato a la legislación inglesa conviene precisar que ese sometimiento quedaba condicionado “... por todo a la jurisdicción de los tribunales ingleses” (Cláusula 10.2). En efecto “Este acuerdo... entre los partidarios será gobernado e interpretado de acuerdo con leyes inglesas. El distribuidor por eso somete por todo...”. El “por eso” es la razón de someterse a la competencia de los tribunales ingleses. Es decir, serían competentes estos tribunales por esa sumisión. Sin



regulan sus relaciones como prefieren, esta es la idea motriz de todo el Derecho privado: eficiencia de la normativa privada *versus* el Derecho objetivo. Son las partes de una relación jurídica los sujetos mejor situados para decidir cuál es el tribunal mejor posicionado para resolver el litigio internacional que les afecta. Se trata, claro está, del tribunal ante el cual la litigación les comporta los menores costes<sup>13</sup>. Las personas tienen sus propias razones, con frecuencia no universalizables, no válidas para otras partes, ni para otras personas, ni para otros contratos o litigios. Estas razones les llevan a tomar sus decisiones económicas y también para elegir un Tribunal de un Estado miembro para que conozca de una situación privada internacional que les afecta<sup>14</sup>. En concreto, y según ha apuntado de manera certera O. Cachard, no puede dudarse de que una visión territorialista de la precisión del tribunal competente y de la Ley aplicable puede construirse no sobre la noción de “soberanía estatal” sino sobre la noción de “interés de los particulares”, lo que conduce a formular normas de competencia judicial internacional que responden a la “eficiencia privada”<sup>15</sup>.

**19.** Este es un litigio internacional que está cubierto por el ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I. No es un litigio que tenga por objeto una materia objeto de un foro de competencia exclusiva y, además, el litigio sobre el que se verifica la sumisión tácita ya ha surgido en el momento en el que se verifica tal sumisión. Finalmente, el demandado contesta a la demanda y no impugna la competencia judicial del tribunal.

**20.** A la hora de confirmar esa sumisión tácita no tiene relevancia que el pacto de sumisión expresa realizado con anterioridad concediese esa competencia a tribunales de un Estado miembro de la UE o a un tercer Estado. Además, las partes tienen la posibilidad de determinar la competencia territorial del concreto tribunal que conocerá del asunto, como señala el TJUE<sup>16</sup>.

## V. Intereses de las partes y elección de tribunal competente.

**21.** El tribunal tácitamente designado por las partes debe ser un tribunal al que el Reglamento Bruselas I no otorgaba competencia internacional en virtud de otro foro<sup>17</sup>. Ello significa que el acuerdo

---

*embargo, en el Auto de esta Sección 25ª de 11 de Enero de 2013 se hacía hincapié en el “acto de admisión” (de Cervezas Universales) de una competencia por reconocimiento propio de que son competentes los juzgados y tribunales españoles... y constitutivo de una sumisión más que tácita”. A partir de esa conclusión se produce un efecto directo sobre la cláusula 10.2 más allá de la determinación de la competencia territorial y es que decae por completo la razón del sometimiento a los tribunales ingleses. Si “por eso” se justificaba el sometimiento, desaparecida la competencia inglesa desaparece la razón de aplicar el derecho inglés.”*

<sup>13</sup> H. GAUDEMET-TALLON, “L’utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales”, en *L’internationalisation du droit. Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 181-192; N. WATTÉ / C. BARBÉ, “Le nouveau droit international privé belge”, *JDI Clunet*, 2006, pp. 851-927, esp. p. 857 nota [15]; P. RÉMY-CORLAY, “Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d’exception dans les conflits de lois”, *RCDIP*, 2003, pp. 37-76, esp. p. 907; A.-L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto del siglo XXI”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, pp. 1335-1374.

<sup>14</sup> J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 115-125.

<sup>15</sup> O. CACHARD, *Droit international privé*, Paradigme, Orléans, 2010, p. 119: “la modernité de la méthode de Savigny réside tant dans son présupposé politique que dans les étapes du raisonnement préconisé (...) Savigny délaisse l’approche territorialiste qui faisait de l’application de la loi dans l’espace une question de souveraineté. Il privilégie au contraire l’intérêt de l’individu, au coeur du rapport de droit, et considère que la loi la plus appropriée doit lui être appliquée, qu’il a’agisse de la loi du for ou de la loi étrangère”.

<sup>16</sup> “Por consiguiente, la regla general sobre la prórroga tácita de la competencia del juez al que se ha sometido el litigio se aplica, salvo en los casos que figuran expresamente entre las excepciones previstas en la segunda frase del citado artículo 24. En la medida en que la prórroga de competencia mediante acuerdo atributivo de competencia, en el sentido del artículo 23 del Reglamento n.º 44/2001, no figura entre esas excepciones, el Tribunal de Justicia declaró que ninguna razón relacionada con el sistema general o con los objetivos del mencionado Reglamento llevaba a considerar que a las partes les estuviera vedado someter un litigio a un órgano jurisdiccional distinto del estipulado en su acuerdo (véase, en este sentido, la sentencia *ČPP Vienna Insurance Group*, C-111/09, EU:C:2010:290, apartado 25).”

<sup>17</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 272-274.

tácito de las partes puede emplearse para otorgar competencia a un concreto tribunal del Estado miembro donde el demandado tiene su domicilio. En efecto, el art. 4 del Reglamento Bruselas I-bis no otorga competencia internacional a ningún concreto tribunal de un Estado miembro. Por tanto, el acuerdo tácito de las partes puede hacer internacionalmente competente a un concreto tribunal del Estado miembro del domicilio del demandado<sup>18</sup>, como así lo apunta el TJUE.<sup>19</sup>

## V. El hechizo de las competencias exclusivas

22. Un dato es claro: la sumisión tácita no puede operar en litigios relativos a materias objeto de competencias exclusivas (arts. 24 y 26.1 *in fine* del Reglamento Bruselas I-bis). Las materias objeto de foros de competencia exclusiva afectan directamente a cuestiones íntimamente vinculadas con la soberanía estatal del Estado al que se reserva la competencia exclusiva para que conozcan sus tribunales. Son materias que no solo comprometen los intereses de las partes que litigan, sino materias en las que de modo primordial se ven comprometidos intereses estatales, generales y públicos. Estos intereses se encuentran conectados íntimamente al territorio de un Estado como concretamente ha señalado el TJUE en su jurisprudencia (STJCE 26 marzo 1992, *Dresdner II*, asunto C-261/90, FJ 24<sup>20</sup>).

23. Si la materia objeto del litigio es una materia incluida en el precitado art. 24 del Reglamento Bruselas I-bis, únicamente serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado al que se refiere el art. 24. Estas competencias exclusivas presentan un carácter imperativo, esto quiere decir que otras condiciones (= como el domicilio de las partes o la sumisión expresa, a un Estado miembro o un tercer Estado, o una sumisión tácita) son irrelevantes a la hora de modificar esa competencia exclusiva. De este modo lo señala el TJUE<sup>21</sup>. Pero en este caso, la polémica sobre las materias exclusivas no tiene razón

<sup>18</sup> GOTHOT / D. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE)*, París, Jupiter, 1986, (traducida al castellano por I. Pan Montojo, *La convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, Ed. La Ley, 1986).

<sup>18</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 238-241.

<sup>19</sup> KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments. The Application in England and Wales of the Brussels Convention of 1968 on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters under the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Abingdon, Professional Books, 1987.

<sup>19</sup> “Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, letra a), que los artículos 23, apartado 5, y 24 del Reglamento n.º 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un litigio relativo al incumplimiento de una obligación contractual, en el que el demandante ha sometido el litigio a los tribunales del Estado miembro en que el demandado tiene su domicilio social, la competencia de esos tribunales puede resultar del artículo 24 de dicho Reglamento, siempre que el demandado no impugne su competencia, aunque el contrato entre esas dos partes contenga una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales de un Estado tercero.”

<sup>20</sup> “En primer lugar, procede señalar que, tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 4 de julio de 1985, *Malhé* (220/84, Rec. p. 2267), apartado 16, artículo 16 del Convenio introduce una serie de excepciones, en forma de competencias exclusivas, a la regla general de competencia establecida por el artículo 2 del Convenio, para determinados litigios que suponen relaciones especiales con el territorio de un Estado contratante distinto al designado con arreglo al artículo 2, debido bien a la situación de un inmueble, bien al domicilio de una sociedad, bien a una inscripción en un registro público, bien al lugar donde se proceda a una ejecución judicial, y éste es el objeto del número 5.”

<sup>21</sup> STJUE 17 marzo 2016, as. C-175/15, *Taser International Inc. vs. SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*, FD 26, 27 y 28:

“26 Mediante su segunda cuestión prejudicial, letra b), el órgano jurisdiccional remitente pregunta si los artículos 22, punto 4, y 24 del Reglamento n.º 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que un litigio relativo al incumplimiento de una obligación contractual de cesión de los derechos sobre una marca, como el litigio principal, se halla comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo 22, punto 4, y, por lo tanto, de las excepciones a la regla general de prórroga tácita de la competencia del juez que conoce del asunto previstas en el artículo 24, segunda frase, de dicho Reglamento.

<sup>27</sup> En virtud del artículo 22, punto 4, del Reglamento n.º 44/2001, en materia de inscripción o de validez de las marcas, los tribunales del Estado miembro en que se hubiere solicitado o efectuado el registro de la marca son exclusivamente competentes. Por lo tanto, la aplicabilidad de esa disposición al litigio principal conlleva la competencia exclusiva de los tribunales rumanos.

<sup>28</sup> Sin embargo, en las circunstancias del litigio principal, no procede determinar si una solicitud de ejecución de la obligación contractual de ceder derechos sobre marcas está comprendida en el ámbito del artículo 22, punto 4, del Reglamento

de ser. No se trata de una materia cubierta por las competencias exclusivas que recoge el Reglamento Bruselas I-bis.

## VI. Conclusiones

24. El TJUE nos aporta una nueva visión en relación con un tema clásico de Derecho internacional privado: la sumisión tácita. De las enseñanzas que se extraen de esta sentencia se exponen las siguientes conclusiones:

Primera. La autonomía de la voluntad de las partes: punto clave en la regulación jurídica eficiente del mercado internacional. Nadie mejor que las partes sabe dónde les conviene litigar, pactar contractualmente la sumisión a unos determinados tribunales puede favorecer la contratación final. Pero posteriormente puede que las circunstancias que, en un momento dado, fueron propicias para determinar esa cláusula de sumisión expresa a unos tribunales concretos varíe. Si existen esas nuevas circunstancias puede que las partes decidan litigar en otro Estado diferente del que pactaron. El DIPr. debe ofrecer esa libertad de elección de tribunal, debe respetar, en última instancia, la autonomía de la voluntad de las partes. La única excepción que ha de limitar esa autonomía de la voluntad de los particulares son las materias objeto de litigio que sean objeto de foros exclusivos. La razón de esa excepción radica en que en estas materias los intereses que están comprometidos no son solo los de las partes, sino que son intereses generales, públicos, soberanos del Estado del que conocen sus tribunales.

Segunda. El principio de la buena administración de la Justicia y el principio de eficiencia. Existe una diferencia entre fundamentar la competencia judicial internacional del tribunal sobre el foro del domicilio del demandado o fundamentarla sobre el foro de la sumisión tácita, esa diferencia posee un resultado económico. La diferencia estriba en el uso eficiente uso de los mecanismos jurídicos de los que se dispone: si se fundamenta la competencia en el foro del domicilio del demandado se ha de acudir al Derecho nacional para determinar qué tribunal será competente territorialmente. Sin embargo, con la sumisión tácita se hace competente directamente al tribunal ante el que se presenta la demanda, no se ha de determinar territorialmente con las normas internas del Estado qué tribunal será el que conozca del supuesto. Es el tribunal que se encuentra en la mejor posición para realizar una buena administración de la justicia. El artículo 26 del Reglamento Bruselas I-bis nos conduce directamente al tribunal competente, si las partes así lo pactan, solo hay que consultar una norma para determinar cuál es ese tribunal: el Reglamento Bruselas I-bis. Se evita de este modo la consulta a otras normas nacionales procesales para determinar territorialmente el tribunal competente, en el caso de España la Ley de Enjuiciamiento Civil, este paso se ahorra y es una solución eficiente, ya que se reducen de modo significativo los costes de litigación internacional.

Tercera. Demandado domiciliado en la Unión Europea y aplicación de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I-bis. La función que despliegan las normas de competencia judicial internacional es acreditar la vinculación real y verdadera con un Estado miembro de los litigios que se producen en un concreto “contexto jurídico”. De este modo, los sujetos domiciliados en la UE están solo sujetos a foros razonables, que son los recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis. Esta es la razón de que el legislador aluda a términos generales para establecer ese contexto jurídico, por ejemplo: “en materia contractual”, y en el momento de determinar la competencia judicial internacional no se deban de observar cuestiones de fondo. Es más, el considerando 15 del Reglamento Bruselas I-bis establece como base del sistema de foros de competencia del mismo el foro del domicilio del demandado, excepto en casos concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión. En este caso es la autonomía de la voluntad de las partes la que justifica otro

---

*n.º 44/2001, ya que los tribunales rumanos son, en cualquier caso, competentes para resolver ese litigio. En efecto, en el supuesto de que dicho artículo 22, punto 4, fuera aplicable al citado litigio, los tribunales cuya competencia resulte de esa disposición son los mismos que aquellos cuya competencia se determina con arreglo al artículo 24, primera frase, de ese Reglamento, toda vez que el demandado en el litigio principal compareció ante los tribunales rumanos sin impugnar su competencia.”*

criterio de conexión, bajo el amparo de las normas europeas que establecen la competencia internacional de los tribunales, es decir, del Reglamento Bruselas I-bis. Todas las personas domiciliadas en un Estado miembro de la UE están sujetas a un único e idéntico sistema de normas de competencia judicial internacional, las que establece el Reglamento Bruselas I-bis. Con la ventaja de que, de este modo, todos los domiciliados en un Estado miembro de la UE se rigen por los foros razonables que enumera el Reglamento Bruselas I-bis.

Cuarta. La importancia de precisar con la máxima exactitud el objeto del proceso. El hechizo de las competencias exclusivas parece embrujar al operador jurídico cada vez que denota que alguna de las materias que se recogen en el art. 24 del Reglamento Bruselas I-bis tienen un alcance indirecto en el objeto del litigio principal. Entendidas esas materias exclusivas en su generalidad (= marcas, patentes...), sin profundizar en la cuestión de qué problema jurídico se plantea (= un incumplimiento contractual sobre esa marca, una inscripción de la misma...). El objeto del proceso es aquello sobre lo que el proceso va a versar, aquello sobre lo que va a discutirse en el proceso. En este caso, el objeto del litigio principal no tiene que ver con la inscripción o registro de una marca, cuestiones estas que sí que son materias objeto de una competencia exclusiva. Sin embargo, lo que trae causa en esta controversia es un incumplimiento contractual. Ese es el auténtico objeto del procedimiento. Por lo tanto, las partes pueden disponer de la posibilidad de someter sus controversias a un concreto tribunal, ya que el resultado de ese litigio afecta solo a los intereses de las partes, y no a los intereses estatales y soberanos. La implicación de esos intereses generales es la justificación del sometimiento de determinadas materias al exclusivo conocimiento de los órganos jurisdiccionales del territorio del Estado que se ve afectado por las mismas. En este caso esto no hay intereses estatales que proteger, solo intereses entre particulares, por lo que la regulación más eficiente en los casos de litigios internacionales entre particulares está en los pactos que las partes realicen entre ellas.

Quinta. Respeto a la autonomía de la voluntad, al principio de previsibilidad y al principio de seguridad jurídica. En el sistema del Reglamento Bruselas I-bis, la sumisión tácita constituye un foro de doble valencia, pues atribuye competencia internacional y también competencia territorial. Esta sumisión tácita respeta la autonomía de la voluntad de ambas partes, son éstas las que han querido someterse, tácitamente, a un tribunal de un Estado miembro. Las partes han podido prever, perfectamente, la aplicación del art. 24 del Reglamento Bruselas I a su pacto tácito de sumisión. Esto ofrece seguridad jurídica y, además, se cumple a la perfección con el triple fundamento que deben presentar los foros de competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis: principio de previsibilidad y proximidad, principio de buena administración de la Justicia y principio de seguridad jurídica. Esto se traduce en una administración de Justicia de calidad y eficiente.

Sexta. La sumisión tácita, foro de doble valencia: internacional y territorial. Las partes pueden elegir directamente el tribunal ante el que se interpone la demanda en el supuesto de sumisión tácita, tal como se puede hacer también con la sumisión expresa. Nada dispone lo contrario, si en la sumisión expresa las partes pueden específicamente determinar ante qué tribunal concreto se litigará, en la sumisión tácita la demanda se puede interponer en un tribunal concreto, fijando de este modo la competencia judicial internacional y territorial. Esta sumisión tácita prevalece sobre cualquier otro foro de competencia judicial internacional, excepto sobre los foros exclusivos. Se respeta, de este modo, la autonomía de la voluntad de las partes que determinan con su sumisión tácita posterior a la sumisión expresa el concreto tribunal que ha de conocer de sus controversias.

Séptima. La eficiencia normativa de la regulación privada frente al Derecho objetivo. En conexión con la anterior conclusión, se ha de subrayar que las reglas elegidas por los particulares son las más eficientes para alcanzar sus intereses, esta es la idea motriz de todo el Derecho privado. El legislador otorga un lugar preferente a la autonomía de la voluntad de los particulares, esta es una solución legislativa eficiente. La precisión del tribunal competente debe construirse no sobre la noción de “soberanía estatal” sino sobre la noción de interés de los particulares, lo que conduce a la “eficiencia privada” de las normas de competencia judicial internacional. El TJUE señala en esta sentencia una tendencia que va al alza, y es que las normas de competencia judicial internacional no solo señalan en general los tribunales de un determinado Estado miembro, si no que determinan directamente el tribunal competente que conocerá de la controversia. Esta elección ahorra costes procesales, es eficiente, porque en el

Derecho privado se dirimen conflicto entre particulares y no conflicto entre jurisdicciones. El fantasma de la soberanía estatal desaparece en la regulación de materias que son totalmente disponibles por las partes. De esta manera, se ha de decir adiós a la idea, de arraigo publicista, sostenida por el gran jurista francés ETIENNE BARTIN: el carácter global de la competencia judicial internacional deriva de la “regla del conflicto entre Estados”, y dar la bienvenida a la idea sostenida por la mejor doctrina: las normas de competencia judicial internacional resuelven conflictos jurídicos entre particulares, es decir, regulan cuestiones de puro Derecho privado. Los litigios internacionales entre particulares suscitan conflictos entre particulares, por lo tanto, se requiere un Derecho privado que resuelva las cuestiones jurídicas entre sujetos particulares, ya que no está en riesgo la soberanía estatal ni se debe de resolver un conflicto entre Estados. Las cuestiones jurídicas internacionales que afectan exclusivamente a los particulares han de ser reguladas por un Derecho privado, sin interferencias de carácter publicista. Sólo esta perspectiva proporciona una solución eficiente, que es la más adecuada en un mundo globalizado.

LA CREACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO  
DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD SUBROGADA:  
A PROPÓSITO DE LAS SSTs DE 25 DE OCTUBRE DE 2016  
Y DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016

THE CREATION BY THE SUPREME COURT OF THE BENEFIT  
FOR SURROGATE MOTHERHOOD: FOR THE PURPOSE  
OF THE JUDGMENTS OF THE SUPREME OF 25TH OCTOBER  
AND OF 16TH NOVEMBER 2016

JESÚS R. MERCADER UGUINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 25.01.2017 / Aceptado: 30.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3633>

**Resumen:** El objeto del presente trabajo es el análisis de dos sentencias del Tribunal Supremo, una de 26 de octubre de 2016 y otra de 18 de noviembre de 2016, en las que se estudia el reconocimiento de la prestación por maternidad a progenitores que acudieron para serlo a la gestación por sustitución. En ambas resoluciones, el TS estima la prestación por maternidad a pesar de lo dispuesto en las instancias inferiores. No obstante, la cuestión no es pacífica, acompañándose dichas sentencias de votos particulares que hacen plantearse el estado de la cuestión en el ordenamiento español.

**Palabras clave:** maternidad subrogada, interés del menor, prestación por maternidad.

**Abstract:** The purpose of this paper is the analysis of two judgments of the Supreme Court, one of October 26, 2016 and another of November 18, 2016, which examine the recognition of the maternity benefit to parents who came to be parents Gestation by substitution. In both resolutions, the Supreme Court estimates the maternity benefit despite the provisions in the lower instances. However, the issue is not peaceful, those judgments are accompanied by particular votes that raise the state of the question in the Spanish law.

**Keywords:** surrogate motherhood, interest of the child, maternity benefit.

**Sumario:** I. Concepto y concepciones de la maternidad subrogada. II. Las circunstancias de la STS de 25 de octubre de 2016 y de la STS de 16 de noviembre de 2016. III. El diálogo en divergencia de los discursos de las sentencias y las argumentaciones de los votos particulares. 1. El discurso del interés del menor y su uso como canon hermenéutico reforzado. 2. Listado de situaciones protegidas parcialmente abierto. 3. Protección a un estado de necesidad real. 4. Interpretación constitucional. 5. Paternidad biológica con maternidad subrogada. 6. Discriminación por razón de filiación. IV. Riesgos de la “sobreinterpretación” judicial y necesidad de sosiego en espera de la intervención legislativa.

## I. Concepto y concepciones de la maternidad subrogada

1. La idea tradicional de familia y, por extensión, la propia de la filiación, se vienen enfrentando en las últimas décadas a los permanentes avances que se han sucedido en medicina y biotecnología. Estos trascendentales cambios han transformado nuestra concepción sobre ideas tradicionales como la maternidad, la paternidad y la filiación, lo que ha venido unido a transformaciones de enorme intensidad en los modelos tradicionales de familia. Se habla ya de una “familia posfamiliar” en la que, junto a sus formas tradicionales, se unen otras radicalmente nuevas<sup>1</sup>.

En este contexto, constituye la maternidad subrogada una de las cuestiones que mayor polémica ha generado en los últimos tiempos. La maternidad subrogada puede materializarse a través de una pluralidad de posibles técnicas que ofrecen reflexiones y respuestas jurídicas no coincidentes: por un lado, la maternidad subrogada tradicional, plena o total (traditional surrogacy), en la que la madre subrogada es también la madre genética, al ser ella la que aporta su material genético para llevar a cabo la gestación; por otro, la maternidad subrogada gestacional o parcial (gestational surrogacy), en la que la madre subrogada no aporta material genético, de modo que la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Partiendo de estas dos modalidades, se pueden distinguir, a su vez, varios supuestos: la pareja comitente aporta el material genético, -tanto óvulo como esperma- y la madre subrogada recibe en su útero el embrión con el fin de gestarlo; la mujer comitente aporta el óvulo fecundado por donante anónimo de esperma; la madre gestante aporta el óvulo que es fecundado con esperma de la pareja de ésta, del padre comitente o por donación de un tercero y; en fin, el material genético no es de ninguno de los comitentes, es aportado por personas ajenas, limitándose la madre subrogada a ceder su útero para gestar el embrión<sup>2</sup>.

2. Pero, definido su concepto, es la existencia de plurales concepciones éticas y jurídicas lo que hace de la maternidad subrogada una cuestión poliédrica dotada de agudas aristas<sup>3</sup>. Como resume el Tribunal Supremo, en asunto tan sensible “por estar en juego derechos de la personalidad que pivotan alrededor de menores no maduros, la complejidad resulta inevitable”. Solo es necesario que nos acerquemos al Parlamento para observar con nitidez las formas de entender y enfrentar los numerosos interrogantes que se abren en esta materia.

Si leemos la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, relativa a los contratos de maternidad subrogada, su rechazo es categórico<sup>4</sup>:

«Los vientres de alquiler suponen una nueva forma de esclavitud de las mujeres (...) Una forma de explotación y tráfico de personas que convierte a los niños en productos comerciales, un producto que se encarga, se compra, se vende e incluso se devuelve y se cambia si no satisface al cliente», palabras empleadas por don Mariano Calabuig, Presidente del Foro de la Familia de España, para describir el nuevo fenómeno de la maternidad subrogada.

El «contrato» de maternidad subrogada es aquél por el que una mujer «alquila» su útero, cosificando uno de sus órganos y, por ende, a la mujer en sí misma.

A este respecto, el Código civil, en materia de contratos, en su artículo 1271, habla de res extra comercio, para hacer referencia a aquello que está fuera del comercio jurídico, fuera del ámbito patrimonial privado y, por tanto, fuera del alcance de la facultad de disposición, quedando excluido de ser objeto

<sup>1</sup> U. BECK Y E. BECK-GENSHEIN, *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 186.

<sup>2</sup> Como resume A. J. VELA SÁNCHEZ, *Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el deseo a recurrir a las madres de alquiler*, Diario La Ley, 2011, nº 7608, pp. 1 y 2. Del mismo autor, *La maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, Granada, 2012.

<sup>3</sup> Para la diferenciación entre “concepto” y “concepción”, vid. R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 60-61.

<sup>4</sup> Por la que Grupo Parlamentario Mixto, a instancia de don Carlos Salvador Armendáriz, Diputado de Unión del Pueblo Navarro/UPN, presentan la siguiente Proposición no de Ley relativa a los contratos de maternidad subrogada (BOCD, 15 de septiembre de 2016).

de contratación. Tradicionalmente la doctrina ha entendido que el cuerpo y sus elementos, al no ser cosas, sino que pertenecen a la unicidad del sujeto mismo, están fuera del patrimonio, son res extra comercio.

El cuerpo y sus elementos no son bienes apropiables, lo cual implica que no se puede disponer de ellos, ni contratar sobre ellos, ni se pueden adquirir por usucapión, ni tampoco pueden ser embargados, incluyéndose en los bienes conocidos tradicionalmente bajo la fórmula de bienes «inalienables, imprescriptibles e inembargables».

Está claro que los parámetros sobre los que se delinea el debate ofrecen plurales perspectivas éticas. Se ha afirmado que esa contratación es moralmente problemática porque “las mujeres no están programadas para tener hijos y darlos” y “un contrato previo no puede alterar esos impulsos biológicos”. Por esa razón se arguye que “se trata de contratos necesariamente desventajosos para una de las partes (la mujer) en la medida en que nunca puede disponer de la adecuada información ex ante sobre lo que pasará en el futuro. En fin, se dice también que “se origina un daño a los hijos de la madre de alquiler, que pudieran pensar, dado que su madre alquila su útero, que ellos van a ser vendidos también cuando su madre necesite dinero”. Incluso hay autores que niegan incluso la maternidad por sustitución altruista pues se afirma que es un modelo diseñado para satisfacer “los deseos de los poderosos”<sup>5</sup>. Argumentos a los que se une el nacimiento de un verdadero mercado de la maternidad subrogada con fenómenos tan singulares como el denominado “turismo procreativo internacional” o “cross-border reproductive care”<sup>6</sup>.

Pero lo cierto es que existen también poderosos argumentos para afirmar que la maternidad por sustitución no entraña necesariamente una degradación para la mujer que accede a gestar ni convierte a los niños en mercancías<sup>7</sup>. Si nos acercamos a la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en esta materia, los argumentos a favor resultan contundentes:

«Hoy la gestación por subrogación constituye una realidad tanto en España como en los países de nuestro entorno, y se ve con la misma naturalidad que otras expresiones de los cambios de percepciones sociales ante instituciones ligadas a nuevos modelos familiares que tienen como denominador común el fijar el marco jurídico en el cual las personas quieren expresar su propia concepción de las relaciones familiares y asumir la condición de progenitores. Piénsese en normas específicas al respecto como la del matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) o la de adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional).

Son normas que regulan y garantizan derechos, no desnaturalizan las instituciones y son fruto de la interpretación evolutiva de la Constitución y su acomodo a la realidad de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, en conceptos empleados en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de noviembre de 2012, que avala el matrimonio entre personas del mismo sexo, o matrimonio igualitario. En esta sentencia también se destaca que la nueva configuración de esa institución familiar no la convierte en irreconocible en la sociedad española actual, algo completamente aplicable a la gestación por subrogación.

Hace tiempo ya, que la sociedad está demandando una Ley cuyo objetivo sea el de regular la gestación subrogada y garantizar los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso, y de forma muy especial, de los menores fruto de esta técnica de reproducción asistida con la finalidad también de extender la posibilidad de acceder a la gestación subrogada -acceso ahora reservado a los más pudientes- y facilitar con ello la debida tutela de los diferentes derechos.

Entendemos los derechos reproductivos los que buscan proteger la libertad y la autonomía de las personas para darles capacidad reproductiva, sin discriminación por género, edad o raza. Acceder a la paternidad y/o maternidad ha evolucionado con grandes cambios en la reproducción pero el modelo de familia también y ambos cambios deben ir juntos, es un derecho a la igualdad que se debe garantizar siempre»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Los entrecomillados pertenecen a los argumentos de diversos autores citados por P. DE LORA, *Entre el vivir y el morir*, Mexico, Fontamara, 2003, pp. 163-164.

<sup>6</sup> A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2016, II, p. 389.

<sup>7</sup> P. DE LORA, *Entre el vivir y el morir*, cit., pp. 164-165.

<sup>8</sup> Proposición no de Ley 51/2016, presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, con el siguiente objeto: la Asamblea de Madrid insta al Gobierno de la Comunidad de Madrid a instar al Gobierno de la Nación a impulsar, de forma inmediata,



3. Pero si el debate social con el trasfondo político subyacente es intenso, el jurídico no le va a la zaga. El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en la sentencia de 6 de febrero de 2014 (R° 245/12) y en el auto de 2 de febrero de 2015, ha dejado clara su postura sobre la ilegalidad de estas prácticas. El Tribunal Supremo entiende que la aceptación en el orden jurídico español de la filiación contenida en la certificación registral extranjera daña el orden público internacional español.

Para ello utiliza el Tribunal Supremo varios argumentos que pueden resumirse en los siguientes tres “discursos”, siguiendo a Calvo/Carrascosa quiénes, por otra parte, realizan una aguda y bien fundada crítica de los mismos<sup>9</sup>: 1º) *El discurso de la dignidad*: “En nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, «cosificando» a la mujer gestante y al niño”. 2º) *El discurso de la discriminación económica*. Indica el Tribunal Supremo que la gestación por sustitución, constituye una técnica que permite a “determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de «ciudadanía censitaria» en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno filiales vedadas a la mayoría de la población”. 3º) *El discurso del fraude*: “En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el Estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la «huida» de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal)”.

4. Pero lo cierto es que el debate jurídico ha irradiado sus efectos al ámbito de lo social y dos recientes sentencias de la Sala de lo Social, la STS de 25 de octubre de 2016 (Asunto maternidad subrogada realizada en Nueva Delhi) y la STS de 16 de noviembre de 2016 (Asunto maternidad subrogada realizada en California), han venido a poner sobre la mesa el anterior debate pero ahora sobre la base del alcance de la protección social. El primero de los citados pronunciamientos inicia su razonamiento desde la propia consciencia de su enorme complejidad jurídica subrayando que “los propios escritos procesales constituyen buena prueba de ello, al invocar normas de diversa procedencia (Tratados Internacionales de Derechos Fundamentales, Directivas de la UE, Leyes orgánicas y ordinarias, Reglamentos e incluso Decisiones Administrativas -Instrucciones, Circulares, Resoluciones-) y contenido (civilistas, antidiscriminatorias, laborales, asistenciales, registrales), así como sentencias de los distintos Tribunales competentes para su interpretación (TEDH, TJUE, TS, TTSSJJ)”. Un debate en todo caso verdaderamente interesante en el que la ponderación de los muy sensibles intereses en juego requiere, como veremos, alcanzar equilibrios inestables<sup>10</sup>.

---

una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantice los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción (BOAM, nº 49 de 10 de marzo de 2016). Más recientemente, en la misma dirección la Proposición no de Ley (BOCD, 17 de enero de 2017) por la que se solicita que: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a llevar a cabo las instrucciones precisas a la Seguridad Social a fin de que los progenitores de menores alumbrados por gestación subrogada puedan disfrutar de las prestaciones por maternidad y paternidad en relación a la jurisprudencia emanada de las actuaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo.»

<sup>9</sup> A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Derecho Internacional Privado*, cit, pp. 396-398.

<sup>10</sup> Han sido numerosos los comentarios que se han realizado por la doctrina laboral sobre esta materia a lo largo de los últimos años, al respecto: F.J. HIERRO HIERRO, *Gestación por sustitución y prestación de maternidad: SJS núm. 2 Oviedo 9 abril 2012* (AS 2012, 942), Aranzadi Social: Revista Doctrinal, 2012, nº 6, pp. 53-59; A. SELMA PENALVA, *Vientres de alquiler y prestación por maternidad*, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, 2013, nº 9, pp. 223-244; J.A. PANIZO ROBLES, *La maternidad por contrato de sustitución sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social (Sentencia*

## II. Las circunstancias de la STS de 25 de octubre de 2016 y de la STS de 16 de noviembre de 2016

5. En la STS de 25 de octubre de 2016 (R° 318/2015), el objeto del conflicto gira en torno al reconocimiento o denegación del derecho a lucrar prestaciones de maternidad pedidas por un varón cuya paternidad de dos menores se acredita como filiación por naturaleza en el Registro civil consular español, junto a la de la madre<sup>11</sup>.

El solicitante de la prestación por maternidad tuvo dos hijas que fueron inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi. Las dos hijas nacieron en Nueva Delhi mediante la técnica de reproducción humana asistida, en la que el demandante fue el padre genético y los óvulos fueron de una donante que gestó por subrogación a favor del demandante. Poco después del nacimiento e inscripción de las dos hijas en el Registro Civil español, el padre y la madre pactaron que el padre de las hijas ejerciera exclusivamente todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad, incluyendo el cuidado exclusivo y la custodia y todos los derechos como padre, debido a la imposibilidad de la madre para ejercer su función. En la misma fecha, en declaración jurada ante notario de Nueva Delhi, la madre declara, que por razones geográficas e imposibilidad, no quiere ejercer ninguna de las funciones inherentes al ejercicio de guardia y custodia, y, por ello, concede al otro progenitor el ejercicio legal de estas funciones, aceptando que la guardia y custodia sea ejercida solo por el padre de las niñas.

El demandante reclamó al INSS prestación por maternidad por el nacimiento de sus dos hijas y en relación con el descanso por maternidad, con fecha de inicio idéntica a la del nacimiento, que fue denegada por dicha entidad gestora por no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en el entonces vigente artículo 133 bis LGSS/1994. Asimismo, fue desestimada la reclamación administrativa previa presentada contra dicha resolución.

El interesado formuló demanda ante el Juzgado de lo Social, que desestimó la pretensión del actor. Desestimada la demanda en la instancia, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acoge favorablemente el recurso de suplicación del actor y, estima la demanda reconociendo al actor el derecho a percibir la prestación de maternidad, así como el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo durante el periodo de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto<sup>12</sup>.

---

*del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014*), Revista de Información Laboral, 2014, nº 5, pp. 149-154; A.M. SÁNCHEZ-MORALEDA, ¿Tienen permiso las madres «subrogantes» al permiso y a la prestación por maternidad?, Revista Aranzadi Doctrinal, 2014, nº 9/10, pp. 141-156; M. D. ORTIZ VIDAL, *La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad / paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 2015, nº 180, pp. 241-266; M. J. MORENO PUEYO, *Maternidad subrogada y prestación de maternidad*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2015, nº 116, pp. 21-56; O. REQUENA MONTES, *El derecho a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 2015, nº 181, pp. 339-346 V. CORDERO GORDILLO, *La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución*, Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, 2015, nº 7/8, pp. 72-84; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, S. J. DE CASTRO MEJUTO, ¿Mater Semper certa est?. *La maternidad subrogada como situación generadora de derechos laborales. Pauta de urgencia para la solución de un intrincado litigio*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015, nº 40; C. MOLINA NAVARRETE, *Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto «Paradiso y Campanelli c. Italia»*, CEF-RTSS, 2016, nº 399, pp. 195-204; M.F. TREJO CHACÓN, *Prestación de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución. STSJ Las Palmas de Gran Canaria de 27 de marzo de 2015 (AS 2015, 1993)*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 2016, nº 185, pp. 319-329; F.J. HIERRO HIERRO, *Maternidad subrogada y prestaciones de la Seguridad Social*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 2016, nº 190, pp. 179-222; M. J. CERVILLA GARZÓN, *El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 2016, nº 188, pp. 179-200; A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad*, Revista de Derecho de la Seguridad Social, 2016, nº 8, pp. 75-96; J. Gorelli Hernández, *La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)*, Revista Aranzadi Doctrinal num.1/2017.

<sup>11</sup> Sobre los referidos pronunciamientos, vid. R. PRESA GARCÍA-LÓPEZ, *Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad. (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTS de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)*. Aranzadi digital num.1/2017; C. MOLINA NAVARRETE, *Prohibida la “nacional”, ¿protegemos la “gestación/maternidad subrogada internacional” con prestaciones sociales?*, CEF-RTSS, 2017, nº 406, pp. pp. 199-210.

<sup>12</sup> Sobre el citado pronunciamiento véanse los comentarios de J.M. GÓMEZ MUÑOZ, *Reconocimiento de la prestación de maternidad a padre biológico de menores nacidos por gestación de sustitución en Estados Unidos. STSJ Cataluña, de 1 de*

Frente a la misma acude el INSS en casación para unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2015, que desestima la pretensión de reconocimiento de la prestación de maternidad solicitada por una mujer que había acudido al condado de San Diego (EE.UU) para concertar una gestación por sustitución de la que nacieron dos niños, inscritos en el Registro local. La Corte Superior de California declaró a la demandante única progenitora legal de los niños, atribuyéndole su custodia legal y física. El Tribunal Supremo, por las razones que seguidamente, veremos, procede a conceder las prestaciones.

Es importante apuntar, como lo hace uno de los votos particulares que acompañan al citado pronunciamiento, que resulta más que dudosa la existencia de contradicción, requisito absolutamente imprescindible para que proceda la casación en unificación de doctrina. Y ello en la medida en que: “Hay diferencias fácticas entre los supuestos comparados que resultan relevantes para construir tal doctrina. Así, mientras que en el caso de la sentencia de contraste estamos sin lugar a dudas ante un supuesto de maternidad subrogada o de gestación por sustitución, en que la dicha gestación ha sido llevada a cabo por una mujer que renuncia a la filiación tras el parto; en el caso que aquí se plantea no existe sustitución de la mujer gestante, sino que el varón concierne la gestación con una mujer, con la que, tras el parto y tras la inscripción como madre biológica de los dos hijos nacidos, pactan que el varón asumirá, en exclusiva, “todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad”, pudiendo instalarse con las menores donde quisiera.

6. Por su parte, la STS de 16 de noviembre de 2016 (R° 3146/2015), resuelve sobre otro supuesto, en este caso rotundamente claro de gestación por sustitución. La misma se lleva a cabo conforme a la legalidad vigente en el estado de California (Estados Unidos). En dicho estado, celebrado el contrato de gestación por sustitución entre los padres comitentes y la madre biológica, el tribunal competente dicta (con anterioridad al nacimiento del hijo) una resolución que determina la filiación del menor en favor de los padres comitentes. Como consecuencia de esta resolución judicial no aparecerá referencia alguna a la madre biológica en la inscripción registral de filiación, de manera que, producido el nacimiento del hijo, su filiación es inscrita a favor de los comitentes. Con posterioridad, la madre subrogada alumbró al hijo de dichos padres en un Hospital de San Diego (California). El hijo nacido es inscrito en el Registro Civil de San Diego y poco después en el Consulado General de España en los Ángeles. Figuran como progenitores los padres comitentes de la maternidad subrogada.

La actora solicitó la prestación de maternidad, siendo denegada por el INSS por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad. No estando conforme la parte actora con la resolución anterior, interpuso reclamación previa y la Dirección Provincial del INSS dictó resolución desestimatoria.

La interesada formuló demanda ante al Juzgado de lo Social, que la desestimó. Contra dicha sentencia, interpuso la interesada recurso de suplicación, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia desestimatoria. Contra la anterior, sentencia la interesada formuló recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, siendo estimado mediante sentencia de 16 de noviembre de 2016, por lo que casa y anula la sentencia recurrida y estima el recurso interpuesto por la interesada y la demanda formulada, declarando el derecho de la actora a percibir la prestación de maternidad durante 112 días.

### III. El diálogo en divergencia de los discursos de las sentencias y las argumentaciones de los votos particulares

7. Como hemos señalado, los dos pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se muestran favorables al otorgamiento de la prestación de maternidad. Los argumentos que utiliza

---

*julio de 2015 (AS 2015, 1826)*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 2016, nº 185, pp. 313-318 y M. INDA ERREA, *Prestación por maternidad para el padre de dos niños nacidos por vientre de alquiler. STSJ Cataluña, de 1 julio 2015 (AS 2015, 1826)*, Revista Aranzadi Doctrinal, 2016, nº 2, pp. 201-202.

la Sala para justificar dicha conclusión son plurales: el interés del menor; el carácter parcialmente abierto del listado de situaciones protegidas; la protección a un estado de necesidad real; la interpretación constitucional; o, en fin, la paternidad biológica como maternidad subrogada.

Pero, paralelamente, los citados pronunciamientos, lejos de resultar unánimes, se encuentran acompañados de votos particulares concurrentes y disidentes que cuestionan de manera simétrica los razonamientos que sirven de base al resultado alcanzado por la mayoría de la Sala. La emisión de votos particulares en las sentencias que resuelven el recurso de casación para unificación de doctrina es algo habitual. A lo largo de los últimos años se viene observando un uso acentuado del recurso al voto particular como medio de expresión de la divergente concepción de un determinado problema y como “válvula de escape” que sirve para oxigenar la vida interna del órgano. Sin duda, el recurso al voto particular cuenta en su haber con numerosos puntos positivos que avalan su uso: su capacidad para guiar líneas de jurisprudencia futura o la certeza, claridad y coherencia que proporciona a las resoluciones judiciales, pudiendo servir, en último extremo, al propio desarrollo de la ciencia jurídica<sup>13</sup>.

La intrínseca dificultad de alcanzar la “only right answer” de Dworkin debe animarnos a efectuar un cuidadoso balance argumental de las razones e interés en juego, para, desde el mismo, efectuar una valoración sobre la corrección o incorrección del resultado alcanzado por el Tribunal Supremo. En suma, el diálogo en divergencia de los discursos de las sentencias y las argumentaciones de los votos particulares viene a representar una suerte de juego de espejos que se miran uno en el otro y que al intercambiar su luz dotan de mayor definición a los términos del problema.

## 1. El discurso del interés del menor y su uso como canon hermenéutico reforzado

8. El primer discurso que utilizan los dos pronunciamientos es el relativo al interés del menor. La STS de 25 de octubre de 2016 (el supuesto de Nueva Delhi), razona que si bien “el interés superior del menor no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) (...) sí constituye un canon interpretativo de relevancia cuando debemos aplicar normas que lo han querido tener presente, como aquí sucede”.

El mismo fundamento hermenéutico utiliza la STS de 16 de noviembre de 2016 (el supuesto de California), pero ahora con base en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014 (R<sup>o</sup> 245/2012), de acuerdo con la cual: “*la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma*”. Dicho principio ha de servir para la interpretación de las normas ahora examinadas referentes a la protección de la maternidad.

Sobre esta base, la STS de 25 de octubre de 2016 (el supuesto de Nueva Delhi), utiliza varios argumentos de refuerzo: en primer lugar, que “pese a sus orígenes y denominación, la protección que la Seguridad Social dispensa a la “*maternidad*” va mucho más allá del descanso asociado al alumbramiento” citando en su apoyo las SSTS 9 de diciembre de 2002 (R<sup>o</sup> 913/2002); 5 de mayo de 2003 (R<sup>o</sup> 2497/2002) y STS 15 de septiembre de 2010 (R<sup>o</sup> 2289/2009). En segundo término, que la cuestión resulta evidente solo con reparar en que las *prestaciones de esta especie se dispensan también en supuestos donde no hay alumbramiento* (adopción, acogimiento, etc.). Y en fin que el art. 39 CE proporciona diversos principios que han de presidir nuestra interpretación de las leyes vigentes (art. 53.3 CE): procurar la *protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños*”.

A los anteriores razonamientos añade la STS de 16 de noviembre de 2016 (el supuesto de California) que el “art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, *interpretado por el TEDH*, en las sentencias de 26 de junio de 2014, *Mennesson y Labassee contra Francia*, -*si bien no se refiere a las prestaciones por maternidad*- expresamente toma en consideración, para examinar la cuestión referente a la negativa de Francia a la inscripción en el

<sup>13</sup> Una reflexión de fondo sobre los factores en pro –los utilizados resumidamente en el texto– y en contra del instituto del voto particular puede hallarse en F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*; Madrid, CEC, 1990, pp. 77-90, especialmente.

Registro Civil de los menores, el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte”.

9. Los anteriores argumentos contrastan con los sostenidos en los votos particulares y, en particular, con el que se incorpora en la STS de 25 de octubre de 2016, reiterado por la STS de 16 de noviembre de 2016. El citado voto rechaza los anteriores argumentos sobre la siguiente base:

Las afirmaciones que sobre el «interés del menor» formula el TEDH lo hace instrumentalmente para condenar la imposibilidad - tanto en la legislación francesa como en la italiana- del reconocimiento de paternidad biológica o del establecimiento de vínculo de filiación por adopción o acogimiento, incluso para el padre biológico que lo haya sido a través de «maternidad subrogada». Porque tanto Francia como Italia no sólo prohíben la «gestación por encargo», sino que, llegando más lejos, impiden también -por considerarlos un fraude- que pueda burlarse la prohibición a través de la adopción o incluso el reconocimiento de paternidad biológica; que es precisamente lo que provoca la censura del TEDH.

En criterio de la Sala 1ª TS, “cuya doctrina que hemos de seguir en tanto que genuina intérprete en la materia [estado civil de las personas], es precisamente la existencia de tal posibilidad en la legislación española [reconocimiento de filiación biológica; adopción; acogimiento], la que le lleva excluir -a juicio de la Sala 1ª- que se utilice como argumento el «interés del menor»; si quieren protegerlo -sostiene la Sala- que los «padres por subrogación» lo hagan a través de los accesibles cauces que la Ley ofrece [reconocimiento de filiación; adopción; y acogimiento]; y no violentando la Ley y el orden público español. Porque -dice- la «*aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes*, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 CE. *Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo*”. Y añade, finalmente: “porque lo cierto es -no nos llamemos a engaño- que lo que está en juego en las presentes actuaciones no es tanto el «interés del menor», cuanto el «status» de «padres» a los comitentes en la gestación subrogada tradicional [otra cosa habría de afirmarse sobre la subrogación «gestacional»]”.

## 2. Listado de situaciones protegidas parcialmente abierto

10. Se afirma en el texto de la STS de 25 de octubre de 2016 que “la maternidad por subrogación, como su propio nombre indica, puede abordarse como una especie o subtipo reconducible a la categoría general” y que “la relativa apertura del elenco de supuestos protegidos [por el RD 295/2009, de 6 de marzo], permite cierta flexibilidad interpretativa que antes no existía”. A lo que se añade que “en todo caso, pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre”.

11. El voto particular que acompaña a ese mismo pronunciamiento discrepa de este planteamiento:

En primer lugar, porque parte de una petición de principio que es la identificación en la naturaleza jurídica, porque la misma no depende del nombre que se atribuya a la figura, sino de las consecuencias -efectos jurídicos- que a ellas les otorgue el legislador.

En segundo lugar, en cuanto a la tentación de hacer una *interpretación extensiva*, “*hay que recordar que con carácter general la misma se ha excluido en materia de Seguridad Social, pues el principio de legalidad no permite otra interpretación que la literal, sin perjuicio de situaciones excepcionales*”, con cita de una larga serie de pronunciamientos. Más en concreto, se afirma que no hay que olvidar que tal posibilidad -*analogía/interpretación extensiva*- *ha sido expresamente rechazada por la Sala* justamente en la concreta materia debatida -prestaciones por maternidad-, que rehusaron expresamente no ya la analogía, sino incluso la interpretación extensiva a los supuestos no contemplados -entonces- de acogimiento y adopción múltiple, basándose en que “es imposible aceptar una interpretación

extensiva ... [pues] no se trata de una omisión involuntaria de la referida regulación... [habida cuenta de la] necesidad de que también la jurisprudencia se acomode a aquella voluntad legislativa sin extenderla más allá de sus previsiones, en atención al principio de legalidad de obligado respeto - art.125 CE”.

En tercer lugar, tampoco existe laguna que llenar, porque se trata de un supuesto ilegal a tenor de lo establecido en el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. De igual modo, tampoco se da identidad de razón comparando la «maternidad subrogada» y los supuestos que el citado art. 37.4 ET regula [acogimiento; adopción], ni se deja de excluir la semejanza el hecho de que las situaciones expresamente protegidas por la ley [adopción y acogimiento] están dotados de una oficialidad -intervención de las autoridades administrativas y judiciales- que comporta toda clase de garantías para los intereses en juego [tanto de la madre biológica como del menor]; esencial característica de oficialidad -con su correlativo marchamo de seguridad jurídica- que está ausente en un contrato privado, y cuya carencia no subsana el hecho de que, a posteriori, un Tribunal extranjero -en su caso- pueda confirmar la eficacia del negocio jurídico que las partes han suscrito sin intervención oficial ni garantía algunas; con independencia, insisto, del desajuste de tal negocio con nuestros principios jurídicos más elementales en orden a la tutela de la personalidad y dignidad humanas.

### 3. Protección a un estado de necesidad real

12. Subraya la STS de 25 de octubre de 2016, que, cuando la Sala Primera de este Tribunal niega la inscripción registral de los hijos habidos mediante maternidad subrogada, lleva cuidado en atender las necesidades familiares que hayan surgido de facto. A lo anterior añade que “para el TEDH uno de los puntos muy relevantes a considerar es el referido a la vida privada de las menores que están integradas en una unidad familiar, bien que sea como consecuencia de una maternidad subrogada que las leyes nacionales proscriben. Esa dimensión se recalca todavía más cuando uno de los miembros de la unidad familiar es quien engendró al niño”. A la luz de ello, “cuando el padre (biológico, tras maternidad subrogada) es el único de los progenitores que materialmente está al cuidado de las menores *la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle al acceso a las prestaciones*. Unas prestaciones, obvio es, que están reconocidas por nuestras Leyes y que se han denegado como consecuencia de que la gestación deriva de un negocio jurídico nulo. Lo que estamos haciendo, en contra de lo que el escrito del recurso entiende, es interpretar las normas sobre prestaciones de maternidad no solo a la luz de la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella” (art. 3.1 CC) sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos. *No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes*”.

Por su parte, en la STS de 16 de noviembre de 2016, se aduce que el menor nacido tras la gestación por sustitución forma un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares “de facto”, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad.

13. Por su parte, sobre estos argumentos del voto particular considera que el razonamiento fundado en la doctrina sentada por el TEDH al caso resulta cuestionable: en primer lugar, porque el supuesto que resuelve el TEDH no es el caso de España, “pues el comitente -padre biológico- puede reconocer como hijo al fruto del contrato de subrogación; y la comitente -no aportante genética- puede adoptarlo; de manera que el desamparo del menor únicamente se produce porque los comitentes no quieren acudir al expediente que el legislador les pone a su alcance para proteger al niño, sino que lo que pretenden -como es el caso- es que se les reconozca su estatus de padres por el exclusivo hecho de una «gestación por subrogación» que está prohibida en nuestro país”. En segundo lugar, el voto discrepa de la afirmación que se hace en la sentencia aprobada, sosteniendo que «cuando el padre (biológico, tras maternidad subrogada) es el único de los progenitores que materialmente está al cuidado de las menores, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones». La afirmación sería cierta si se completa el texto añadiendo la precisión de que tal acceso a las presta-

ciones, habría de hacerse como tal padre biológico -no como comitente en un contrato de «gestación por encargo»- tras reconocerle como hijo biológico suyo; prestaciones accesibles a la otra parte comitente, si media adopción [no hay que olvidar que las posibilidades de adopción alcanzan también a las parejas de hecho homosexuales, ya implícitamente con la Ley 13/2005, de 1 de julio; y más claramente desde la Ley 26/2015, de 28 de julio, que extiende la viabilidad a los supuestos de ruptura]”.

#### 4. Interpretación constitucional

14. Señala la STS de 25 de octubre de 2016 que “nuestro Derecho preconiza la nulidad del contrato de maternidad por subrogación. Al mismo tiempo, la LGSS contempla la protección de la maternidad y paternidad, sin mayores restricciones. No es que los bloques normativos estén enfrentados, sino que obedecen a lógicas diversas y también distinta es su aproximación el supuesto de hecho”. A lo anterior se añade que “al intérprete corresponde la ardua tarea de armonizar del modo más coherente posible esas magnitudes heterogéneas”. “Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten” (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre; 150/1990, de 4 de octubre; 222/2006, de 6 de julio). De este modo, hemos de conjugar los diversos mandatos normativos procurando el resultado más acorde a las premisas constitucionales”. Por otro lado, “el ordenamiento laboral no es ajeno al reconocimiento de efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad. Por ejemplo, cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo (art. 9.2 ET); se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial (art. 220.3 LGSS/2015); se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo (art. 36.5 LOEx 4/2005); se conceden ciertos efectos a los matrimonios poligámicos, etc”.

En suma, concluye la Sala: “que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos. Y aquí nos encontramos con un contrato de maternidad por subrogación que es nulo pero que ha desplegado sus efectos, en particular los que interesan: inserción de las menores nacidas en el núcleo familiar de quien solicita las prestaciones por tal motivo”. De este modo, “el art. 39.3 CE obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos “dentro o fuera del matrimonio”. En el supuesto que abordamos, no cabe duda de que quien solicita las prestaciones es el padre (biológico, pero también registral) de las dos menores nacidas en La India y que resulta más acorde con ello permitirle la atención que las prestaciones económicas persiguen. De igual modo, la “protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE), aconseja no adicionar causas de exclusión ignoradas por la LGSS al establecer sus prestaciones”.

La conciliación de la vida familiar y laboral, “que es principio implícito en esos mandatos y aparece asumido de manera robusta en múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia (constitucional, pero también ordinaria) aparece asimismo como canon imprescindible a la hora de aquilatar el alcance de derechos legalmente conferidos a partir de la existencia de un menor. Cuando la STJUE 18 marzo 2014, C-167/12 aborda la eventual protección de las Directivas 92/85/CEE y 2006/54/CE a los casos de prestaciones por maternidad, advierte que se trata de una institución regulada “evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”.

15. El voto particular contesta los anteriores razonamientos subrayando, en primer lugar, que la sentencia parte de dos consideraciones de índole diversa: a) de un lado, la necesidad de armonizar del modo más coherente posible magnitudes “heterogéneas” [la nulidad del contrato de “maternidad subrogada» en la LRHA y la protección de la maternidad/paternidad en la LGSS]; y b) de otro, que el «ordenamiento laboral no es ajeno al reconocimiento de efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad».

En relación con la primera cuestión, el voto particular considera que “resulta por completo ajeno a la armonía del Derecho que una situación que el legislador -y la sociedad- consideran benéfica y digna de protección [maternidad; adopción; acogimiento], sea interpretada de manera forzada para dar cabida en ella a otra situación que para el legislador -e incluso para gran parte de la sociedad- merece reproche jurídico y/ o moral. Con ello, entiendo - con el mayor respeto a la opinión contraria- que no se interpreta armónicamente el Derecho, sino que en la práctica viene a defraudarse. Sin que en apoyo de tal solución sea eficazmente invocable el interés del menor, porque ya se ha visto que el mismo puede ser protegido (...) a través del reconocimiento de paternidad, acogimiento y adopción. *Pero -realmente- lo que aquí se pretende por el reclamante, repito, no es proteger aquel interés, sino dar oficial carta de naturaleza y efectos jurídicos plenos a la «gestación por subrogación»*”. A ello añade el citado voto que: “no creo que constituya armónica interpretación de las leyes el dar protección prestacional a una situación a la que el legislador niega validez jurídica y para la que -en obligada consecuencia- la jurisprudencia rechaza su acceso al Registro Civil por ser contraria al orden público”.

Sobre la segunda consideración [efectos de la nulidad], se imponen, a juicio del voto, dos precisiones: (i) que no es lo mismo -ni por ello puede darse el mismo tratamiento jurídico- un acto nulo [género] que un acto contrario a las leyes [especie]: *todos los actos contrarios a la ley son nulos, pero no todos los actos nulos son contrarios a las leyes*; y (ii) que los efectos de los actos laborales contrarios a las leyes únicamente pretenden paliar los perjuicios causados a una de las partes y/o terceros, y en tanto que el daño no se pueda resarcir sino a través de esos limitados efectos que la ley le atribuye. Así, por ejemplo, el contrato de trabajo nulo no comporta la privación del salario [art. 9 ET], lo cual es de elemental justicia, pero por supuesto que invalida la eficacia de la relación de Seguridad Social, siquiera mantenga la obligación cotizatoria... Y en concreto, tratándose de “maternidad subrogada», *la nulidad del contrato no impide ni afecta –al menos en España- al posible reconocimiento de la filiación biológica, al acogimiento o a la adopción; y por tales medios puede obtenerse perfectamente la protección del menor, si es que es eso lo que se pretende* [que no parece ser este el caso].

## 5. Paternidad biológica con maternidad subrogada

16. Atendiendo al supuesto de la STS de 25 de octubre de 2016, la Sala añade un nuevo argumento: “cuando quien reclama las prestaciones es el padre biológico de las neonatas aumentan las razones para acceder a ello. Porque, al margen de la nulidad del negocio sobre gestación (el “alquiler” del “vientre”) lo cierto es que estamos ante una realidad contemplada por la LGSS. Carece de sentido admitir la protección cuando nace un hijo fuera del matrimonio, o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en supuestos como el presente”. De este modo, el hecho de que el “art. 3.2 del RD 295/2009 contempla el fallecimiento de la madre biológica y, ante su ausencia y la supervivencia del menor, opta por transferir al padre (siendo compatible con el subsidio por paternidad) la prestación económica por maternidad” y que la misma “solución se aplica al caso en que la madre sea trabajadora por cuenta propia y no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos ni en una mutua- lidad de previsión social alternativa”. La sala concluye que “la transferencia del derecho a prestaciones por maternidad en estos casos muestra a las claras la finalidad que se asigna a las mismas y concuerda con la interpretación analógica que se viene defendiendo, al no haber mediado conducta fraudulenta para obtener indebidamente prestaciones”.

De igual modo, subraya la Sala que “lo cierto es que no apreciamos conducta fraudulenta alguna, abuso de derecho u obtención ilícita de prestaciones que pudiera alterar el resultado a que hemos accedido. Es evidente que pueden plantearse supuestos en que así ocurra y existe, como soporte fáctico de fondo, una gestación por subrogación: casos en que se pretenda una duplicidad de prestaciones; asuntos en los que exista un conflicto entre progenitores biológicos y subrogados; a través de los resortes de nuestro ordenamiento deberán resolverse con arreglo a Derecho. Pero nada de eso ha sido probado, ni siquiera alegado, en el presente supuesto”.

Para finalmente recalcar que “estamos ante un supuesto particularmente cualificado en tanto la situación fáctica creada con la cesión o renuncia de derechos por la madre y el abandono de sus obli-



gaciones como tal sitúa al demandante en posición de progenitor único. Desde la perspectiva de facto no cabe duda de que las menores conviven con quien es y aparece como su progenitor mientras que la madre biológica (y única que aparece con tal título registral) permanece deliberadamente ajena a ese núcleo. Por tanto, la situación de necesidad que las prestaciones de maternidad desean afrontar es evidente que concurre: las menores nacidas por gestación con sustitución forman un núcleo familiar con su padre, que desea prestar los cuidados parentales apropiados, como cualquier otro progenitor”.

**17.** El voto particular se opone al citado modo de razonar. Muestra el mismo, en primer lugar, su disconformidad con el argumento que la sentencia hace respecto de que “cuando quien reclama las prestaciones es el padre biológico de las neonatas aumentan las razones para acceder a ellos”. A dicho argumento se opone que, “si las prestaciones se reclaman -como es el caso- invocando el título de la «gestación subrogada», más bien debe afirmarse lo contrario, pues tratándose del padre biológico se pone claramente de manifiesto que los términos de su reclamación se formulan con el claro ánimo de defraudar la ley, pues teniendo en su mano el título habilitante para las prestaciones [su cualidad de padre biológico y reconocimiento de la filiación], opta por intentar basarse en un título prohibido por el legislador, la «gestación subrogada», para así burlar de facto la proscripción legal”.

Añade el voto que “de todas formas no debe perderse de vista que el principio de la realidad biológica tiene apoyo constitucional [art. 39. 2 CE ] e inspira la regulación civil de la filiación (...), de manera que no parece razonable prescindir -en la decisión del caso debatido- del incuestionado hecho de que el Sr. Juan Enrique es el padre biológico de las niñas nacidas de la gestación pactada, hasta el punto de que si bien su reclamación pivota formalmente sobre la pretendida eficacia de la «maternidad por subrogación», ello no debe ser obstáculo para su reclamación cuando la misma puede corresponderle por otro título -paternidad biológica- ya afirmado en el expediente administrativo e incuestionado por el INSS”.

Todo ello lleva a considerar que “lo que en el caso examinado supone, a mi entender, que si bien el derecho reclamado por el Sr. Juan Enrique -prestaciones de maternidad- ha de rechazarse por el expreso título que invoca [«gestación subrogada»] y que ha sido el objeto de debate, argumentación y decisión en el Juzgado de lo Social, en el Tribunal Superior de Justicia y en la propia Sala, de todas formas bien pudiera reconocérsele exclusivamente en base al dato indubitado de ser padre biológico, como sostiene en ya en su inicial solicitud, en la reclamación previa [«...siendo quien suscribe el padre genético y los óvulos ... de una gestante por subrogación»]; dato éste -paternidad biológica- que invoca la sentencia mayoritariamente aprobada como simple elemento coadyuvante en la estimativa de la pretensión, pero que a mi entender es el único soporte de ella”.

## **6. Discriminación por razón de filiación**

**18.** A los anteriores argumentos, la sentencia de 16 de noviembre de 2016 añade que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Sentencias «Menesson», «Labassee» y «Paradiso y Campanelli»] pasa a un primer plano en la «interpretación integradora» de la normativa aplicable [ arts. 45.1 y 48.4 ET ; arts. 133 bis y 133 ter LGSS/1994 ;y art. 2 RD 295/2009 ], hasta el punto de que de “no otorgarse la protección por maternidad -atendiendo a la doble finalidad que tiene... - al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 CE , disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación”.

**19.** También el voto particular discrepa de tal aserto, “en primer lugar porque ha de tenerse en cuenta que las afirmaciones que sobre el prevalente «interés del menor» formula el TEDH lo hace instrumentalmente para condenar la imposibilidad -tanto en la legislación francesa como en la italiana- del reconocimiento de paternidad biológica o del establecimiento de vínculo de filiación por adopción o acogimiento, incluso para el padre biológico que lo haya sido a través de «maternidad subrogada». Porque tanto Francia como Italia no sólo prohíben la «gestación por encargo», sino que llegando más lejos impiden también - por considerarlos un fraude- que pueda burlarse la prohibición a través de la

adopción o incluso el reconocimiento de paternidad biológica; que es precisamente lo que provoca la censura del TEDH”.

#### IV. Riesgos de la “sobreinterpretación” judicial y necesidad de sosiego en espera de la intervención legislativa

20. De la lectura de los argumentos tanto de la sentencia mayoritaria como de los votos particulares se extrae la enorme dificultad de alcanzar un resultado que consiga una solución adecuada para dar una respuesta perfecta a la compleja red de intereses en juego. La tutela de la dignidad de la persona a la hora de construir espacios propios de relación social, el hecho de que los menores no deban pagar el precio de los actos de los adultos y la prevalencia de sus intereses en caso de conflicto de intereses o la consideración kantiana del individuo como fin en sí mismo son ideas poderosas que deben ponerse en un lado de la balanza. Pero el otro lado también tiene su peso: la concreta forma de definir las reglas en un Estado de Derecho, el carácter de consenso social que reflejan las leyes, el hecho de que el desarrollo del Estado social deba medir las consecuencias económicas de sus actos y, en fin, que es, precisamente, función del legislador el diseño y definición de sus nuevos espacios de desarrollo.

Y la gran cuestión en estos casos se antoja evidente: ¿Puede el juez avanzar la decisión del legislador o debe esperar a la misma? o, por decirlo de otro modo, ¿ante un vacío de regulación, puede crear el juez una nueva regla jurídica? Es un debate permanente el relativo al papel del “juez legislador”, expresión que solo puede ser aceptada en el sentido de que el juez contribuye al proceso de creación jurídica. En términos rigurosos, sin embargo, “no parece que la creatividad judicial pueda ser equiparada a la legislativa, y ello no solo en virtud de los principios de supremacía y reserva de ley, sino sobre todo por la especial posición que ocupan los jueces y por las características que definen el proceso jurisdiccional”<sup>14</sup>. Como resume Atienza, “los jueces pueden ir más allá del Derecho, en cuanto contribuyen a desarrollarlo aunque, naturalmente, no de cualquier manera, sino según criterios de coherencia; pero no pueden ir contra el Derecho, no pueden sustituir el gobierno de las normas por el gobierno de los hombres. Ni que decir tiene que este ejercicio de equilibrio no siempre es fácil de lograr”<sup>15</sup>.

Si el juez hace de legislador, se produce una deformación integral del ordenamiento jurídico. Omitido el debate del Parlamento y creada una nueva norma, en este caso una prestación de la Seguridad Social, surge la inevitable necesidad de dotarla de contenido. Muestra de ello es, en el caso que nos ocupa, la consulta nº 29/2016, de 29 de diciembre 16, en la que el INSS establece los oportunos criterios interpretativos que permitan a sus centros gestores la aplicación uniforme de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo favorable a la concesión de las prestaciones por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución. Un pseudoreglamento sin Ley previa. No debemos olvidar que con el imperio de la ley están también en juego el principio democrático y la propia noción de Estado de Derecho. Es cierto, como señala Laporta, que el riesgo de las “sobreinterpretaciones” judiciales es evidente pues las mismas enfatizan el protagonismo exclusivo del juez en la atribución de significados. Probablemente, limitando estas actuaciones puede pensarse que “la Ley establezca su imperio”<sup>17</sup>.

Por ello el “Epítome” con el que concluye el voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sra. Doña María Milagros Calvo Ibarlucea y Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto, representan de forma clara el sentir de mis anteriores reflexiones: “Con este voto particular no se cuestiona la filiación del menor, ni el derecho del mismo a integrarse en una familia. La discrepancia surge por entender que para causar las prestaciones de la Seguridad Social, como norma general, hace falta reunir los requisitos que para cada una de ellas establece la Ley, sin que quepa hacer caso omiso de ellos cuando concurren otros principios

<sup>14</sup> L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 111.

<sup>15</sup> M. ATIENZA, *La autoridad y los límites del derecho*, El Notario del Siglo XXI, 2011, nº 37 (edición on line).

<sup>16</sup> Sobre su contenido, vid. R. PRESA GARCÍA-LÓPEZ, *Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad. (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)*. Aranzadi digital nº 1/2017.

<sup>17</sup> F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley, Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 174.

que ya valoró el legislador sin darles mayor valor, cual permite el art. 53.3 de la Constitución en relación con el 39 de la misma. Por ello, la prestación de maternidad no se puede reconocer a quien no ha sido padre con arreglo a la ley española, so pretexto de proteger al menor, argumento recurrente que serviría para reconocer todo tipo de prestaciones que responden a la necesidad de proteger diferentes situaciones de necesidad: como la orfandad, la viudedad, la incapacidad, la jubilación etc. Con ello se quiere decir que proteger una situación de necesidad no justifica, sin más, el reconocimiento de una prestación”.

# LA NULIDAD MATRIMONIAL Y EL ALCANCE DEL FORO DE LA RESIDENCIA DEL DEMANDANTE EN EL REGLAMENTO 2201/2003

## MARRIAGE ANNULMENT AND THE SCOPE OF JURISDICTION OF THE RESIDENCE OF THE APPLICANT IN REGULATION 2201/2003

M<sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ\*

*Prof. Contratada Doctora de Derecho internacional privado  
Universidad de Sevilla*

Recibido: 11.01.2017 / Aceptado: 15.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3634>

**Resumen:** En la Sentencia de 13 de octubre de 2016, asunto C-294/15, Edyta Mikolajczyk c. Marie Louise Czarnecka y Stefan Czarnecki, el TJUE establece que un procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges está comprendido en el ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) n.º. 2201/2003. Por otra parte, el Tribunal interpreta el alcance del foro de la residencia del demandante para conocer de tal demanda.

**Palabras clave:** nulidad matrimonial, demanda presentada por un tercero después del fallecimiento de uno de los cónyuges, residencia del demandante.

**Abstract:** In its judgment of 13 October 2016, in case C-294/15, Edyta Mikolajczyk c. Marie Louise Czarnecka y Stefan Czarnecki, the ECJ establishes that an action for annulment of marriage brought by a third party following the death of one of the spouses falls within the scope of Regulation (EC) n.º. 2201/2003. Also the Court interprets the scope of jurisdiction of residence of the applicant.

**Keywords:** annulment of marriage, action brought by a third party after the death of one of the spouses, residence of the applicant.

**Sumario:** I. Introducción. II. Los hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas. III. El ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II en materia de nulidad matrimonial. IV. El alcance del foro de la residencia habitual del demandante. V. Una última reflexión.

### I. Introducción

1. El reducido ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n.º. 2201/2003 en materia matrimonial provoca, como ha afirmado de forma reiterada la doctrina, la fragmentación o dispersión del pleito<sup>1</sup>. Al aplicarse sólo a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las consecuencias

---

\* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto I+D+I DER 2014-58581-R, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y de Competitividad.

<sup>1</sup> Reglamento (CE) n.º. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º. 1347/2000, *DO*, núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003 (en adelante, Reglamento Bruselas II).

patrimoniales del matrimonio u otras medidas accesorias, se multiplican los instrumentos normativos de los que debe valerse el operador jurídico para solucionar los distintos problemas que surgen en el proceso<sup>2</sup>. En el presente asunto la cuestión gira en torno a una demanda de nulidad motivada por la supuesta existencia de un matrimonio anterior por lo que, *a priori*, no cabría discusión alguna de que el objeto de dicha demanda entra en el ámbito de aplicación material del Reglamento. El problema surge cuando la acción de nulidad es entablada por un tercero después del fallecimiento de uno de los cónyuges. ¿Está incluido ese supuesto en el Reglamento? Y de ser así, ¿puede ese tercero demandante invocar cualquiera de los foros enumerados en el artículo 3 del Reglamento? Estas dos cuestiones son las que resuelve el Tribunal de Justicia en la Sentencia que pasamos a analizar.

## II. Los hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas

2. Los hechos que dieron lugar al presente asunto, poco habituales al remontarse a fechas muy lejanas, son los siguientes:

El 20 de noviembre de 2012, la Sra. Edyta Mikolajczyk presentó ante el Tribunal Regional de Varsovia una demanda de nulidad del matrimonio contraído en París, el 4 de julio de 1956, entre el Sr. Stefan Czarnecki y la Sra. Marie Louise Czarnecka (de soltera, Cuenin). En la demanda señalaba que era la heredera testamentaria de la Sra. Zdzislawa Czarnecka, primera esposa del Sr. Czarnecki, fallecida en junio de 1999. Según la demandante, el matrimonio entre el Sr. Czarnecki y la Sra. Zdzislawa Czarnecka, celebrado en julio de 1937 en Poznan (Polonia), aún existía en el momento en que el Sr. Czarnecki contrajo su segundo matrimonio, por lo que este último constituía una relación bigama y, por tanto, debía ser anulado.

Por su parte la Sra. Marie Louise Czarnecka solicitó que se declarara la inadmisibilidad de la demanda de nulidad matrimonial porque los órganos jurisdiccionales polacos eran incompetentes. A su juicio, y conforme a lo previsto en el artículo 3.1.a), guiones segundo y tercero, del Reglamento n.º. 2201/2003, la demanda debería haberse presentado ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en cuyo territorio se encontraba el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, dado que uno de ellos aún residía allí, o bien ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del demandado, es decir, en ambos casos ante un órgano jurisdiccional francés. El representante del Sr. Czarnecki en el litigio principal, puesto que éste había fallecido, se adhirió a las pretensiones de la Sra. Marie Louise Czarnecka.

Mediante auto de 9 de septiembre de 2013, que adquirió firmeza ante la falta de impugnación de las partes, el Tribunal Regional de Varsovia desestimó dicha excepción de inadmisibilidad al considerar que era competente para conocer de la demanda de nulidad matrimonial, sobre la base del artículo 3.1.a) guión quinto, del Reglamento<sup>3</sup>. Sobre el fondo, y mediante sentencia de 13 de febrero de 2014, dicho órgano declaró infundada la referida demanda por considerar que la demandante no había demostrado que el primer matrimonio del Sr. Czarnecki seguía existiendo cuando éste y la Sra. Marie Louise Czarnecka contrajeron matrimonio, ya que los hechos observados por ese órgano jurisdiccional corroboraban, por el contrario, la disolución del primer matrimonio mediante divorcio el 29 de mayo de 1940.

<sup>2</sup> Esta es desde luego una de las grandes debilidades del Reglamento. Para su estudio véase, entre otros, B. ANCEL ET H. MUIR WATT, "La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II", *Revue critique de droit international privé*, 2001, núm. 3, pp. 408 ss; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 140 ss; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito", en A.L. CALVO CARAVACA Y E. CASTELLANOS RUIZ (DIR), *El Derecho de familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 213 ss; H. GAUDEMET TALLON, "Le Règlement n.º. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs", *Journal du droit international*, 2001, núm. 2, p. 388; M<sup>a</sup> A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 44 ss.

<sup>3</sup> Conforme a lo previsto en el artículo 3: "1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio de encuentre: ....- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda...".

La Sra. Edyta Mikolajczyk recurrió dicha sentencia ante el Tribunal de Apelación de Varsovia, el tribunal remitente. Este órgano considera que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento n.º. 2201/2003 y del artículo 1099 de la Ley de Enjuiciamiento Civil polaca, debe examinar de oficio la cuestión de su competencia judicial internacional para conocer del litigio principal, a pesar de que el órgano jurisdiccional de primera instancia ya se pronunció sobre el particular.

3. A este respecto el tribunal remitente expresa sus dudas sobre la interpretación de los artículos 1 y 3 del Reglamento n.º. 2201/2003 y, por ello, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- “1) *¿Están comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º. 2201/2003 los procedimientos de nulidad matrimonial incoados tras el fallecimiento de uno de los cónyuges?*
- 2) *En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿comprende el ámbito de aplicación del citado Reglamento también los procedimientos de nulidad matrimonial iniciados por una persona distinta a los cónyuges?*
- 3) *En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, en un procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por una persona distinta a los cónyuges, ¿es posible basar la competencia en los criterios señalados en el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento n.º. 2201/2003?”*

En el presente procedimiento formularon observaciones escritas los Gobiernos polaco e italiano y la Comisión Europea. Por su parte, el Abogado General, Sr. Melchior Wathelet, presentó sus conclusiones el 26 de mayo de 2016.

### III. El ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II en materia de nulidad matrimonial

4. Si está claro que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.1.a), el Reglamento Bruselas II se aplica, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas a la nulidad matrimonial<sup>4</sup>, la cuestión que se plantea en el presente supuesto versa, en esencia, sobre si es aplicable a un procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges.

El tribunal remitente expresa sus dudas porque recuerda que el Reglamento (CE) n.º. 2201/2003 derogó al Reglamento (CE) n.º. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, cuyo contenido reproducía en gran parte el del Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. Pues bien, en el Informe explicativo de dicho Convenio, preparado por la profesora A. BORRÁS, se precisaba que quedaban excluidos de su ámbito de aplicación los procedimientos relativos al examen de la validez de un matrimonio en el marco de una demanda de nulidad presentada después del fallecimiento de uno o ambos cónyuges, puesto que tales casos se producen, en la mayoría de supuestos, como cuestiones prejudiciales en relación a una sucesión (rigiéndose ésta última por los instrumentos internacionales en la materia o por el derecho nacional aplicable). Por otra parte, sostiene el tribunal remitente que dicho Informe no aborda la cuestión de la posible exclusión de los procedimientos de nulidad iniciados por una persona distinta a los cónyuges<sup>5</sup>.

Si en sus observaciones escritas los Gobiernos polaco e italiano se basaron en este Informe explicativo para descartar la aplicación del Reglamento a un supuesto como el del litigio principal, en sentido contrario se pronunciaron la Comisión, el Abogado General y el TJUE.

<sup>4</sup> Recuérdese que el Reglamento excluye de su ámbito de aplicación los procedimientos de naturaleza puramente religiosa y que el artículo 63 salvaguarda los Acuerdos concluidos entre algunos Estados miembros y la Santa Sede.

<sup>5</sup> Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998, DO núm. C 221, de 16 de julio de 1998 (en adelante, INFORME BORRÁS).

5. El Tribunal de Justicia recuerda que, según reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión hay que tener en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y objetivos<sup>6</sup>. Y sobre la base de estos tres argumentos resuelve las dos primeras cuestiones prejudiciales, que examina de forma conjunta.

6. En primer lugar, y desde un punto de vista literal, el artículo 1.1.a) del Reglamento Bruselas II se refiere de forma genérica a “la nulidad matrimonial” sin hacer ninguna distinción en función de la fecha de inicio de tal procedimiento en relación con el fallecimiento de uno de los cónyuges ni en función de la identidad del titular del derecho a incoar ese procedimiento ante un órgano jurisdiccional.

Como afirma el Abogado General, el hecho de que un procedimiento de nulidad se refiera a un matrimonio ya disuelto por el fallecimiento de uno de los cónyuges no implica que dicho procedimiento quede excluido del ámbito de aplicación del Reglamento puesto que “*si bien el fallecimiento produce la disolución del matrimonio ex nunc, el procedimiento de nulidad pretende su invalidación ex tunc. Por lo tanto, puede existir un interés en obtener la nulidad de un matrimonio, incluso después de la disolución de éste por el fallecimiento de uno de los cónyuges*” (punto 27)<sup>7</sup>.

Si es cierto que, por regla general, los procedimientos matrimoniales tienen un carácter personal hay supuestos en los que un tercero puede tener interés en ejercitar la acción para obtener la nulidad de un matrimonio, incluso después del fallecimiento de uno de los cónyuges<sup>8</sup>. Por tanto, y como sostiene el Abogado General, no existe razón para impedir que ese tercero pueda ampararse en lo dispuesto en el Reglamento ya que ese interés deberá apreciarse siempre en función de la normativa nacional aplicable (punto 39).

Si el tercero está legitimado para ejercitar la acción de nulidad en virtud de la correspondiente legislación nacional y el Reglamento no realiza dicha exclusión, debe aplicarse. En el caso que estudiamos, y conforme a lo previsto en el artículo 13.2 del Código de Familia y Tutela polaco, cualquier persona que tenga interés jurídico podrá instar la nulidad de un matrimonio por la existencia de un matrimonio anterior de uno de los cónyuges, por lo que la Sra. Edyta Mikołajczyk podía instar la nulidad del matrimonio<sup>9</sup>. Cosa distinta y, como veremos, es la operatividad de los foros de competencia en ese supuesto.

Por ello, y como afirma el Tribunal, parece que, desde un punto de vista literal, debe incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento un procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero tras el fallecimiento de uno de los cónyuges (motivo 27).

7. Esta interpretación quedaría corroborada, en segundo lugar, por el contexto en el que se inscribe la citada disposición. Al respecto, el artículo 1.3 enumera de forma taxativa las materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento y entre ellas no aparece un procedimiento de nulidad matri-

<sup>6</sup> Al respecto cita las Sentencias de 19 de septiembre de 2013, asunto C-251/12, Christian Van Buggenhout e Ilse Van de Mierop c. Banque International à Luxembourg SA; y de 26 de marzo de 2015, asunto C-556/13, Litaksa UAB c. BTA Insurance Company SE.

<sup>7</sup> Los Gobiernos polaco e italiano sostuvieron que los procedimientos de nulidad matrimonial posteriores al fallecimiento de uno de los cónyuges no están comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento porque, en el momento de inicio de tales procedimientos, el vínculo matrimonial que constituye el objeto de éstos ha dejado de existir por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Una vez que el matrimonio se ha disuelto, el litigio que tenga por objeto la nulidad de éste no se referirá a cuestiones relativas al estado civil de las personas físicas sino a los derechos patrimoniales en el marco de un procedimiento sucesorio.

Al respecto, existen opiniones doctrinales discrepantes. A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 16<sup>a</sup> ed, Comares, Granada, 2016, p. 231, consideran que el Reglamento sí se aplica a acciones para declarar la nulidad de un matrimonio tras el fallecimiento de uno de los cónyuges; en sentido contrario, P. ABARCA JUNCO, “El Convenio europeo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial”, en AA.VV, *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 279.

<sup>8</sup> Los Gobiernos polaco e italiano consideraron que el Reglamento no se aplica a los procedimientos de nulidad matrimonial iniciados por una persona distinta de los cónyuges porque alguno de los foros del artículo 3.1.a) del Reglamento se refieren a la residencia habitual, conjunta o individual, de los cónyuges con la intención de demostrar que únicamente se ha considerado a éstos como posibles partes en un procedimiento de nulidad matrimonial.

<sup>9</sup> En los motivos 7 a 10 de la Sentencia se reproducen las disposiciones pertinentes del Derecho polaco.

En el caso del Derecho español establece el artículo 74 CC que “*la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes*”.

monial iniciado por un tercero con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges. Si a esto le unimos el dato de que el Reglamento sólo se aplica a la disolución del matrimonio sin ocuparse de cuestiones conexas (como expresamente se establece en el Considerando 8), podemos deducir, como hace el Tribunal, que el Reglamento no excluye los procedimientos de nulidad matrimonial en el supuesto de fallecimiento de uno o ambos de los cónyuges. Lo que puede concluirse es que para ese procedimiento el Reglamento sólo se aplicaría a la disolución del matrimonio y no a los efectos patrimoniales de éste, como sería, por ejemplo, una sucesión (materia expresamente excluida –art. 1.3.f–)<sup>10</sup>.

El propio tribunal remitente reconoció, en este sentido, que si es cierto que en el presente asunto el interés en ejercitar la acción de la Sra. Edyta Mikołajczyk está ligado, en el litigio principal, a su condición de heredera testamentaria de la Sra. Zdzisława Czarnecka, también lo es que dicho litigio tiene únicamente por objeto la nulidad del matrimonio contraído entre el Sr. Czarnecki y la Sra. Marie Louise Czarnecka, materia no excluida del Reglamento.

**8.** Por último, y atendiendo a su finalidad, el Reglamento Bruselas II contribuye a la creación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que se garantiza la libre circulación de personas. Y con el objetivo garantizar la seguridad jurídica establece, en sus Capítulos II y III, normas que regulan la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, normas que ofrecen a los ciudadanos gran previsibilidad<sup>11</sup>. Por ello considera el TJUE que sería contrario al objetivo del Reglamento excluir de su ámbito de aplicación un procedimiento como el del litigio principal ya que esta exclusión acrecentaría la inseguridad jurídica vinculada a la falta de un marco normativo uniforme, máxime cuando el Reglamento (UE) n.º 650/2012 no cubre las cuestiones relacionadas con el estado civil de las personas físicas ni las relaciones familiares<sup>12</sup>.

**9.** Sobre la base de todas estas consideraciones afirma el Tribunal de Justicia que: *“el artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003..., debe interpretarse en el sentido de que un procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 2201/2003”*.

#### IV. El alcance del foro de la residencia habitual del demandante

**10.** Mediante la tercera cuestión prejudicial se pregunta al Tribunal de Justicia si los foros del artículo 3.1.a), guiones quinto y sexto, del Reglamento Bruselas II son operativos cuando una persona distinta a los cónyuges entabla un procedimiento de nulidad matrimonial.

El tribunal remitente considera que si la respuesta fuese afirmativa, un órgano jurisdiccional polaco sería competente para conocer de la validez de un matrimonio por el mero hecho de la residencia habitual de la demandante, la Sra. Edyta Mikołajczyk, sin que exista vínculo alguno con el lugar de residencia habitual de los cónyuges (que se encontraba en Francia).

**11.** El artículo 3 del Reglamento establece los foros de competencia judicial en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, foros que son objetivos, alternativos y exclusivos<sup>13</sup>. Basta con que concurra uno de los establecidos para que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se declare competente, al no existir entre ellos ninguna jerarquía<sup>14</sup>. Al respecto, el apartado 1, letra a) de dicha

<sup>10</sup> En el mismo sentido se pronunciaron la Comisión y el Abogado General.

<sup>11</sup> Así se establece en el Considerando Primero del Reglamento 2201/2003 y en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, asunto C-168/08, Laszlo Hadadi c. Csilla Marta Mescko, esposa de Hadadi.

<sup>12</sup> Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO núm. L 201, de 27 de julio de 2012.

<sup>13</sup> Para su estudio véase los apartados 27 a 29 del INFORME BORRÁS.

<sup>14</sup> Este sistema de competencias múltiples ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina al potenciarse la carrera hacia



disposición enumera foros que se basan, desde distintos puntos de vista, en la residencia habitual, y en la letra b) del mismo apartado el criterio seguido es el de la nacionalidad de ambos cónyuges (o en el caso del Reino Unido y del Irlanda, del *domicile* común)<sup>15</sup>.

Centrándonos en la letra a) del artículo 3.1 hay que precisar que mientras que los cuatro primeros foros se refieren expresamente a la “*residencia habitual de los cónyuges*” y la “*residencia habitual del demandado*”, los dos últimos foros sólo aluden, con determinadas exigencias, a la “*residencia habitual del demandante*”, es decir, al *forum actoris*. La pregunta que surge de inmediato es la siguiente: cuando la norma se refiere al “demandante” ¿se está refiriendo al cónyuge demandante o incluye también a terceros?

12. Para responder a esta interrogante el Tribunal de Justicia recuerda que, según reiterada jurisprudencia, si una disposición del Derecho de la Unión no se refiere expresamente al Derecho de los Estados miembros, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme<sup>16</sup>. Por ello y dado que no existe remisión alguna en el artículo 3.1.a) al Derecho de los Estados miembros, la determinación del alcance del concepto de “demandante” debe realizarse en función del contexto de la norma y de los objetivos del Reglamento (motivo 45).

13. El catálogo de foros recogido en el artículo 3 tiene su fundamento en el principio de proximidad<sup>17</sup>. Si esta afirmación no plantea ninguna duda en relación con los foros basados en la residencia habitual de los cónyuges o en la residencia habitual del demandado, los problemas surgen, precisamente, con el *forum actoris*<sup>18</sup>. Y de ahí que, para evitar la consagración de un foro exorbitante, la norma refuerce la residencia habitual del demandante con otros elementos: un año de residencia habitual inmediatamente antes de la presentación de la demanda o seis meses de residencia y ser nacional del Estado miembro en cuestión. Estas exigencias mostrarían una vinculación con ese Estado miembro y justificarían la competencia de sus tribunales (lo que, por otra parte, no ha evitado múltiples críticas por parte de la doctrina)<sup>19</sup>. Tal y como se pregunta el Abogado General: “¿Por qué el legislador de la Unión habría añadido esas cualidades del «demandante» de no tratarse de uno de los cónyuges? (punto 54)”.

Pero, además, consideramos que deben tenerse en cuenta otros dos argumentos. De un lado, que de ese principio de proximidad se deriva el control de oficio de la competencia establecido en el artículo 17 del Reglamento (como de hecho puso de manifiesto el tribunal remitente).

Y por otra parte, lo que es más importante, la finalidad de este foro. Como afirma el INFORME BORRÁS, y sostiene la doctrina, este foro se estableció para no dificultar el acceso a la justicia de aquellos cónyuges que, tras la crisis matrimonial, abandonan el país de la residencia habitual común y regresan al país en el que estaban domiciliados antes del matrimonio o a su país de origen<sup>20</sup>. A nuestro juicio, la con-

---

los tribunales y el *forum shopping*. Entre otros, véase, A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, ob. cit, pp. 235 ss; M<sup>a</sup> A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional...*, ob. cit, pp. 41 ss.

<sup>15</sup> El Reglamento no define la “residencia habitual” por lo que debe ser entendido como un concepto autónomo. En ese sentido, aunque refiriéndose a la responsabilidad parental, lo ha interpretado el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07 A, y de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10, Barbara Mercredi c. Richard Chaffe.

Por su parte, el foro de la nacionalidad de ambos cónyuges ha sido interpretado en la citada Sentencia Hadadi.

<sup>16</sup> En relación con el Reglamento 2201/2003 véase la ya citada Sentencia Hadadi.

<sup>17</sup> Como afirma el INFORME BORRÁS, apartado 30, “los criterios que se incluyen parten del principio de que exista un vínculo real entre la persona y un Estado miembro”. En sentido análogo se pronunciaba el Considerando 12 del Reglamento n.º 1347/2000.

<sup>18</sup> De hecho la aceptación de este foro en la negociación del Convenio de Bruselas de 1998 planteó numerosos problemas como se explica en los apartados 32 y 33 del INFORME BORRÁS.

<sup>19</sup> Principalmente se sostiene, A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, ob. cit, p. 242, que este foro no refleja una auténtica proximidad entre el tribunal y la situación concreta y que puede ser provocado por aquellas personas que tienen una gran capacidad económica para poder cambiar de residencia.

Además el foro de la residencia habitual del demandante unido a la nacionalidad ha sido objeto de duras críticas por su contrariedad al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE), consideración que también puede hacerse extensiva al foro de la nacionalidad común de los cónyuges. Véase, M. GÓMEZ JENE, “El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterios de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *La Ley*, núm. 5321, de 1 de junio de 2001.

<sup>20</sup> Véase el apartado 32 del INFORME BORRÁS.

figuración del foro se refiere, aunque no lo diga expresamente, a que el demandante es el cónyuge que ha modificado su residencia facilitándosele, bajo las condiciones que se establecen, que pueda presentar la demanda en ese Estado miembro. Si la inclusión de este foro responde al principio de *favor divortiti* hay que afirmar, no obstante, que también en ese supuesto debe garantizarse que “*exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia*”<sup>21</sup>. Si se permitiese que un tercero que ha incoado una acción de nulidad de un matrimonio pudiese invocar este foro quebraría el principio de proximidad y la propia finalidad del Reglamento<sup>22</sup>.

14. De todas estas consideraciones puede deducirse, como afirma el Tribunal, que las normas de competencia del Reglamento, incluido el foro de la residencia habitual del demandante, “*tienen como objetivo preservar los intereses de los cónyuges*” (motivo 49). Si un procedimiento de nulidad incoado por un tercero está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento, ese tercero estará sometido a las normas de competencia establecidas en beneficio de los cónyuges. Y esto no significa que se prive a dicho tercero del acceso a la justicia ya que podría invocar otros foros del artículo 3 (en nuestro caso, por ejemplo, ante los tribunales franceses por ser el último lugar de residencia habitual de los cónyuges dado que uno de ellos aún residía allí).

En definitiva, el concepto “demandante” del artículo 3 del Reglamento sólo se refiere a los cónyuges<sup>23</sup>.

15. Por todas estas razones el Tribunal afirma que: “*El artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una persona distinta a los cónyuges que inicie un procedimiento de nulidad matrimonial no puede invocar los criterios de competencia establecidos en dichas disposiciones*”.

## V. Una última reflexión

16. La Sentencia que hemos analizado confirma que el Reglamento Bruselas II se aplica estrictamente a la materia que incluye por lo que tratándose de una nulidad matrimonial sólo se aplicará a la disolución del vínculo matrimonial y no a los efectos patrimoniales de éste. Esta afirmación no queda desvirtuada porque sea un tercero el que haya iniciado el procedimiento de nulidad tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. Si en virtud del Derecho nacional aplicable ese tercero está legitimado para ejercitar la acción serán aplicables las normas de competencia definidas en beneficio de los cónyuges.

17. Ahora bien, una cosa es que ese supuesto esté incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento y otra distinta que sean operativos todos los foros del artículo 3 ya que el Tribunal realiza una estricta interpretación del discutido *forum actoris*. El principio de proximidad y la finalidad para la que fue establecido justifican que cuando la norma consagra el foro de la residencia habitual del demandante esté refiriéndose al cónyuge demandante.

18. Y puesto que parece que el diseño de la competencia judicial internacional en materia matrimonial no tiene visos de cambiar, según se deduce de los trabajos de reforma del Reglamento, los foros tienen que ser interpretados en función de ese principio<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Véase el motivo 50 de la Sentencia.

<sup>22</sup> En el mismo sentido se pronunciaron el Gobierno italiano, la Comisión y el Abogado General.

<sup>23</sup> Además recuérdese que el Tribunal de Justicia en la citada Sentencia Hadadi, afirmó expresamente que los criterios enumerados en el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento “*se basan, desde distintos puntos de vista, en la residencia habitual de los cónyuges...*”.

<sup>24</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), Documento COM (2016), 411 final, Bruselas 30 de junio de 2016.

# 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).